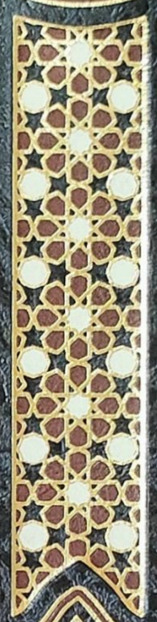




المشرع الروي

من منهاج النووي

تأليف العلامة الفقيه المحدث

محمد بن أبي بكر بن الحسين المراغي

(٧٧٥-٨٥٩هـ)

عُني به

أنور بن أبي بكر الشيخي الداغستاني

واللجنة العلمية بدار رباب الأبواب

بالتعاون مع الشيخ طه المعرضي الداغستاني

المجلد العاشر

كتاب النذر - كتاب أمهات الأولاد

علم لإحياء التراث
والخدمات الرقمية
لندن - مصر

دار الضياء
للنشر والتوزيع
الكويت

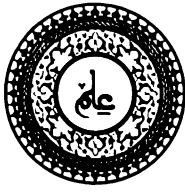
المشرع الروي

من منهاج النووي

١٠

دار الضياء
للنشر والتوزيع

الكويت - حولي - شارع الحسن البصري
ص.ب: ١٣٤٦ حولي
الرمز البريدي: ٣٢٠١٤
تلفاكس: ٠٠٩٦٥٢٢٦٥٨١٨٠
نقال: ٠٠٩٦٥٥٠٤٠٩٩٢١
Dar_aldheyaa2@yahoo.com
Abdou20203@hotmail.com
www.daraldeyaa.net



لإحياء التراث والخدمات الرقمية

علم لإحياء التراث
والخدمات الرقمية

جمهورية مصر العربية - القاهرة
التجمع الخامس- الحي الثالث- فيلا 152
الهاتف: 00201127999511
international library of manuscripts(ILM)
1155726

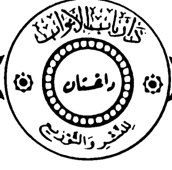
رقم الإيداع المحلي: 2017/23123
رقم الإيداع الدولي: 3-5- 85365- 977-978
info@ilmarabia.com

الطبعة الأولى
١٤٤٥هـ - ٢٠٢٤م

بلد الطباعة: بيروت - لبنان
التجليد الفني: شركة فؤاد البعينو للتجليد ش.م.م.
بيروت - لبنان

الموزعون المعتمدون

- دولة الكويت
  دار الضياء للنشر والتوزيع - حولي تليفاكس: ٢٢٦٥٨١٨٠ نقال: ٥٠٤٠٩٩٢١
- جمهورية مصر العربيّة
  محمول: ٠٠٢٠١٠٠٠٣٧٣٩٤٨
  دار الأصالة للنشر والتوزيع - المنصورة محمول: ٠٠٢٠١٠٩٨٣٢٥٨٣٢
- المملكة العربية السعودية
  مكتبة الرشد - الرياض هاتف: ٤٣٢٩٣٣٢ - ٢٠٥١٥٠٠
  دار التدمرية للنشر والتوزيع - الرياض هاتف: ٤٩٢٥١٩٢ فاكس: ٤٩٣٧١٣٠
  دار المنهاج للنشر والتوزيع - جدة هاتف: ٦٣١١٧١٠
  مكتبة المتنبي - الدمام هاتف: ٨٣٤٤٩٤٦ فاكس: ٨٤٣٢٧٩٤
- برمنكهام - بريطانيا
  مكتبة سفينة النجاة هاتف: ٠٠٤٤٧٤٧٢٠٤٢٨٢٤ هاتف: ٠٠٤٤٧٤٩٥٠٧٤٠٢٥
- المملكة المغربية
  دار الرشاد الحديثة - الدار البيضاء هاتف: ٠٠٢١٢٥٢٢٢٧٤٨١٧
- الجمهورية التركية
  مكتبة الإرشاد - إسطنبول هاتف: ٠٢١٢٦٣٨١٦٣٣/٣٤ فاكس: ٠٢١٢٦٣٨١٧٠٠
- جمهورية داغستان
  مكتبة ضياء الإسلام هاتف: ٠٠٧٩٨٨٣٠٣١١١١ - ٠٠٧٩٨٨٧٧٣٠٣٠٦
  مكتبة الشام - خاسافيورت هاتف: ٠٠٧٩٢٨٨٧٢٩٥٠٥ - ٠٠٧٩٢٨٨٦٦١٤٧٤
- الجمهورية العربية السوريّة
  دار الفجر - دمشق - حلبوني هاتف: ٢٢٢٨٣١٦ فاكس: ٢٤٥٣١٩٣
- الجمهورية السودانية
  مكتبة الروضة الندية - الخرطوم - شارع المطار هاتف: ٠٠٢٤٩٩٩٠٠٤٢٥٧٩
- المملكة الأردنية الهاشميّة
  دار محمد دنديس للنشر والتوزيع - عمان هاتف: ٠٦٤٦٥٢٣٩٠ - ٠٧٨٨٢٩١٣٣٢
- دولة ليبيا
  مكتبة الوحدة - طرابلس هاتف: ٠٩١٣٧٠٦٩٩٩ - ٠٢١٣٣٣٨٢٣٨
  شارع عمرو ابن العاص



المشرع الروي

من منهاج النووي

تأليف العلامة الفقيه المحدث

محمد بن أبي بكر بن الحسين المراغي

(٧٧٥ - ٨٥٩هـ)

عُني به

أنور بن أبي بكر الشيخي الداغستاني

واللجنة العلمية بدار رباب الأبواب

بالتعاون مع الشيخ طه المعرصي الداغستاني

المجلد العاشر

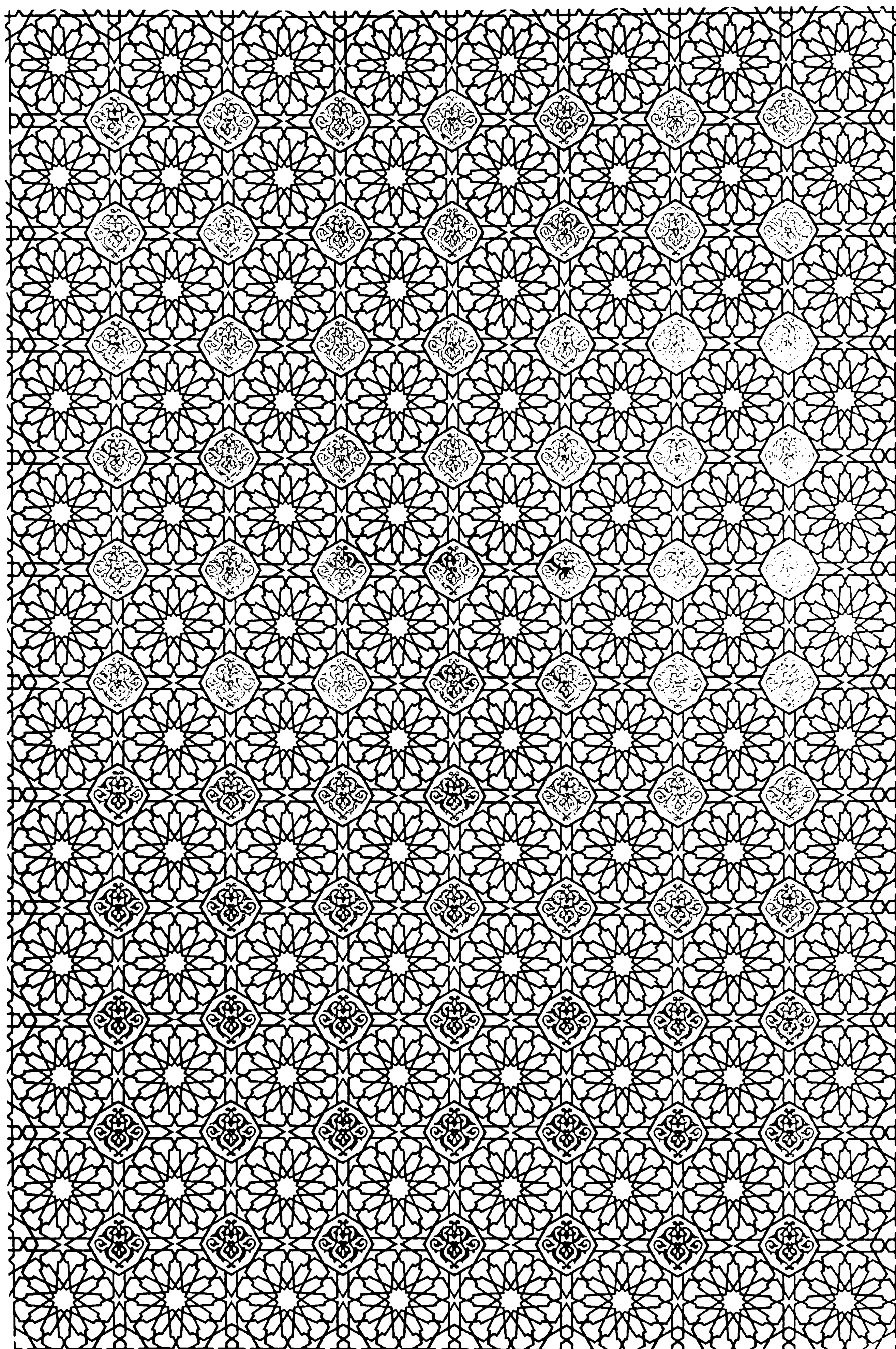
كتاب النذر - كتاب أمهات الأولاد

دار الضياء
للنشر والتوزيع
الكويت

علم لإحياء التراث
والخدمات الرقمية
لندن - مصر

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب النذر



كِتَابُ النَّذْرِ

. . . .

(كتاب النذر)

هو لغةً : الوعد بخير أو شر ، **وشرعاً** : بالخير خاصةً ؛ ولهذا ورد : « **لاَ نَذْرَ فِي مَعْصِيَةِ اللهِ** »(١) .

وحقيقته : التزام قربة مندوبة .

فخرج بالقربة : المعصية ، **وبالمندوبة** : الواجبة .

وأما المجازاة . . فهو : استدفاع المحذور بما يعقد على النفس من عمل البر .

والأصل فيه : قوله تعالى : ﴿ يُوفُونَ بِٱلنَّذْرِ ﴾ [الإنسان : ٧] .

وجزم القاضي حسين والرافعي في تعليل منع نذر الكافر ، والمتولي في (الوكالة) بأنه قربة(٢) .

وقيل : خلاف الأولى ، **وقيل** : مكروه ، وجزم به في « شرح المهذب » ؛ لحديث : نهى عن النذر(٣) .

وأجيب : بأنه في نذر المجازاة ، أو محمول على من تشحُّ نفسه بالصدقة ويظن أن له تأثيراً .

---

(١) أخرجه مسلم (١٦٤١) عن عمران بن حصين رضي الله عنه ، وأبو داود (٣٢٩٠) ، والترمذي (١٦٠٣) عن عائشة رضي الله عنها .

(٢) الشرح الكبير (١٢/ ٣٥٥) .

(٣) المجموع (٨/ ٣٤٢) ، والنهي عنه أخرجه البخاري (٦٦٩٣) ، ومسلم (١٦٣٩) عن ابن عمر رضي الله عنهما .

هُوَ ضَرْبَانِ : نَذْرُ لَجَاجٍ ؛ كَـ : إِنْ كَلَّمْتُهُ . . فَـلِلَّهِ عَلَيَّ عِتْقٌ أَوْ صَوْمٌ ، وَفِيهِ كَفَّارَةُ يَمِينٍ ، وَفِي قَوْلٍ : مَا الْتَزَمَ ، وَفِي قَوْلٍ : أَيُّهُمَا شَاءَ . قُلْتُ : الثَّالِثُ أَظْهَرُ ، وَرَجَّحَهُ الْعِرَاقِيُّونَ ، وَاللهُ أَعْلَمُ . . . .

وأركان النذر ثلاثة :

الناذر وهو : مكلف مسلم مختار مطلق التصرف فيما نذره ، فلا يصح نذر الصبي والمجنون ولا الكافر ، **وفي وجه** : يصح .

ويصح نذر السكران على المذهب ، وكذا المحجور عليه بسفه أو فلس بالقرب البدنية ، دون المالية المتعلقة بالأعيان ، بخلاف الملتزم في الذمة .

قوله : (**هو ضربان : نذر لجاج**) أي : **وهو** : ما خرج مخرج اليمين ؛ بأن يقصد به منع نفسه من شيء وإلزامها شيئاً ، ولم يقصد به قربةً .

وهو بفتح اللام ، سمي **لجاجاً** ؛ لوقوعه حال الغضب ، ويسمى : **يمين الإغلاق** .

قوله : (**كـ : إن كلمته . . فلله علي عتق أو صوم ، وفيه كفارة يمين**) لقوله صلى الله عليه وسلم : « **كَفَّارَةُ النَّذْرِ كَفَّارَةُ الْيَمِينِ** » . رواه مسلم[1] .

ولا كفارة في نذر التبرر قطعاً فتعين أن يكون المراد به : اللجاج .

(**وفي قول : ما التزم**) لقوله صلى الله عليه وسلم : « **مَنْ نَذَرَ أَنْ يُطِيعَ اللهَ فَلْيُطِعْهُ** »[2] .

(**وفي قول : أيهما شاء ، قلت : الثالث : أظهر ، ورجحه العراقيون ، والله أعلم**) لأنه يشبه النذر من حيث إنه التزام طاعة واليمين من حيث المنع ،

---

(١) صحيح مسلم (١٦٤٥) عن عقبة بن عامر رضي الله عنه .

(٢) أخرجه البخاري (٦٦٩٦) عن عائشة رضي الله عنها .

وَلَوْ قَالَ : إِنْ دَخَلْتُ الدَّارَ . . فَعَلَيَّ كَفَّارَةُ يَمِينٍ أَوْ نَذْرٌ . . لَزِمَتْهُ كَفَّارَةٌ بِالدُّخُولِ .

ولا سبيل إلى الجمع بينهما ولا إلى تعطيلهما ، فوجب التخيير .

قال الإمام البلقيني : الذي صححه في « المحرر » هو الذي أفتى به الشافعي[١] والصحابة قبله والتابعون ، ورجحه جمع كثير من أصحابه ، **وهو المعتمد في الفتوى** .

وخص الإمام الخلاف بما إذا لم يقصد التقرب وقصد منع نفسه ، فإن قصد التقرب . . لزمه الوفاء قولاً واحداً وكان ناذراً ولم يكن حالفاً[٢] .

وتمثيل المصنف يفهم : أنه لا فرق في الملتزم بين المالي والبدني ، ولو مثل بالحج . . لكان أولى ، فإنه حكي فيه قول مخرج بلزوم الوفاء ؛ لأنه يلزم بالدخول فيه بخلاف غيره .

وتعبيره بـ(أو) ليس بقيد ، لكن لو عطف بالواو فقال : إن كلمته . . فلله علي صوم وعتق وحج ؛ فإن أوجبنا الكفارة . . **فواحدة على المذهب** ، أو الوفاء . . لزمه الكل .

وتمثيله أيضاً قاصر على المنع ، وليس كذلك ، بل هو إما منع نفسه من فعل ؛ كما مثل ، أو حثها عليه ؛ كـ : إن لم أكلمه ، أو تحقيق خبر ؛ كـ : إن لم يكن الأمر كما قلته .

وقوله : (**فلله علي**) ليس بقيد ، بل لو قال : فعلي . . جاءت الأقوال على **الأصح** .

قوله : (**ولو قال : إن دخلت الدار . . فعلي كفارة يمين أو نذر . . لزمته كفارة بالدخول**) أي : في الصورتين ، **أما الأولى** . . فبلا خلافٍ ؛ تغليباً لحكم

---

(١) الأم (٣/ ٦٥٦) .

(٢) نهاية المطلب (١٨/ ٤١٢) .

وَنَذْرُ تَبَرُّرٍ ؛ بِأَنْ يَلْتَزِمَ قُرْبَةً إِنْ حَدَثَتْ نِعْمَةٌ ، أَوْ ذَهَبَتْ نِقْمَةٌ ، كَإِنْ شَفَى اللهُ . . . .

اليمين ، **وأما الثانية** . . فعلى النص[١] .

قال الماوردي : لأن الكفارة معلومة وموجب النذر المطلق مجهول فلم يجز أن يقع التخيير بين معلوم ومجهول[٢] .

ومنع ذلك البلقيني في « تصحيح المنهاج » .

وقال القاضي حسين وغيره : إن لزوم الكفارة مفرع على وجوبها ، وأما إن أوجبنا الوفاء . . فتلزمه قربة من القرب التي تلزم بالنذر والتعيينُ إلى الناذر .

وقال[٣] في « حواشي الروضة » : لو كان ذلك في نذر التبرر ؛ بأن قال : إن شفى الله مريضي فللّه علي نذر . . لزمه قربة من القرب والتعيين إليه ، ولو قال ابتداءً من غير تعليق بشيء : لله علي نذر . . جاء فيه البطلان والصحة **وهو الأصح** ويكون اللازم بخيرته . انتهى

واحترز بقوله : (**فعلي كفارة يمين**) : عما لو قال : فعلي يمين ، أو : فلله علي يمين . . فإنه لغو **على الصحيح** ؛ لأنه لم يأت بصيغة النذر ولا الحلف وليست اليمين مما تلزم في الذمة .

قوله : (**ونذر تبرر**) أي : **هو** : ما خرج مخرج المجازاة ، وسمي تبريراً ؛ لأنه طلب البر والتقرب من الله تعالى .

قوله : (**بأن يلتزم قربةً إن حدثت نعمةٌ أو ذهبت نقمة ؛ كـ : إن شَفَى الله**

---

(١) عبارة « تحفة المحتاج » (١٠/ ١٣١) : (ولخبر مسلم في الثانية) ، والخبر قد سبق آنفاً .

(٢) الحاوي الكبير (١٩/ ٤٠٣ـ ٤٠٤) .

(٣) أي : البلقيني .

مَرِيضِي . . فَلِلَّهِ عَلَيَّ كَذَا ، أَوْ : فَعَلَيَّ كَذَا ، فَيَلْزَمُهُ ذَلِكَ إِذَا حَصَلَ الْمُعَلَّقُ عَلَيْهِ ، وَإِنْ لَمْ يُعَلِّقْهُ بِشَيْءٍ ؛ كَـ : للهِ عَلَيَّ صَوْمٌ . . لَزِمَهُ فِي الأَظْهَرِ .

مريضي[1] . . فلله علي كذا ، أو : فعلي كذا ، فيلزمه ذلك إذا حصل المعلق عليه) .

اعلم : أنه إذا قال : فلله علي . . فهو بلا خلاف ، وأما إذا قال : فعلي ولم يضفه لله . . **فهو على المذهب** ؛ لأن العبادات يُنْوَى بها اللهُ ، فالمطلق كالمذكور .

وخص الشيخ أبو محمد النعمة بما تحصل على ندور ، فلا يصح في النعم المعتادة ؛ كما لا يستحب سجود الشكر ، قاله الإمام : ووافقه طائفة[2] .

قوله : (وإن لم يعلقه بشيء ؛ كـ : لله علي صوم . . لزمه في الأظهر) لقوله صلى الله عليه وسلم : « **مَنْ نَذَرَ أَنْ يُطِيعَ اللهَ . فَلْيُطِعْه ، وَمَنْ نَذَرَ أَنْ يَعْصِيَ اللهَ . فَلاَ يَعْصِه** » . رواه البخاري[3] .

وقال في « البحر » في (كتاب الأيمان) : إن الجمهور قطعوا به[4] .

ومحل الخلاف ـ كما يقتضيه تعبير الكتاب ـ : ما إذا صرح بالإضافة لله تعالى ، فلو قال ابتداءً : علي عتق أو صوم . . فحكى الإمام في (كتاب الأيمان) عن الأصحاب : القطع بعدم اللزوم ، قال : ولا وجه للقطع ، فإن النذر المطلق إن جعلناه ملتزماً . . صار بمثابة نذر المجازاة عند وجود الشرط[5] .

---

(١) وفي « المنهاج » المطبوع : (كإن شُفي مريضي) .
(٢) نهاية المطلب (١٨/ ٤١٢) .
(٣) صحيح البخاري (٦٦٩٦) عن عائشة رضي الله عنها .
(٤) بحر المذهب (١٠/ ٥٣٧) .
(٥) نهاية المطلب (١٨/ ٤١٠) .

وَلاَ يَصِحُّ نَذْرُ مَعْصِيَةٍ ، وَلاَ وَاجِبٍ ، ....

قال في « التحرير » : صرح « التنبيه » و« الحاوي » في الذي لم يعلق بشيء بالتصويرين معاً ؛ أعني : قوله : (لله) ودونها ، وكأن « المنهاج » اكتفى بذكرهما في صورة نذر المجازاة[١] .

قوله : (**ولا يصح نذر معصية**) أي : كالقتل والزنا ، والصوم في العيد ، ونذر المرأة الصيام والصلاة في أيام الحيض ؛ للحديث[٢] .

وإن لم يفعله . . فقد أحسن ، ولا يلزمه كفارة يمين **على المذهب** ؛ لأنه لم يوجد منه صيغة اليمين .

والتعبير بالمعصية يخرج : المكروه ؛ كصوم الدهر ، فإن نذره . . انعقد ، ولزمه الوفاء بلا خلاف ، قاله في « شرح المهذب »[٣] .

قال الزركشي : وليس كما قاله ، بل كلام المتولي يفهم عدم الانعقاد ، وأشار إليه الرافعي تفقهاً ؛ لأن النذر تقرب والمكروه لا يتقرب به[٤] ، **وهذا هو المختار** .

قوله : (**ولا واجب**) أي : كنذر المكتوبات وصوم رمضان ، أو ألاّ يشرب الخمر ، ولا يزني ؛ لأنه وجب بإيجاب الشرع ابتداء فلا معنى لالتزامه ، وسواء علقه على حصول نعمة أو لا .

وإذا خالف ما ذكره . . ففي لزوم الكفارة ما سبق في قسم المعصية .

وأما الواجب على الكفاية . . فيلزم بالنذر **على الأصح** .

---

(١) تحرير الفتاوي (٣/٥١٦) ، التنبيه (ص : ٦١) ، الحاوي الصغير (ص : ٦٥٥) .
(٢) سبق تخريجه آنفاً عن عائشة رضي الله عنها .
(٣) المجموع (٨/ ٣٧٧) .
(٤) الشرح الكبير (١٢/ ٣٧٩) .

وَلَوْ نَذَرَ فِعْلَ مُبَاحٍ أَوْ تَرْكَهُ . . لَمْ يَلْزَمْهُ ، لَكِنْ إِنْ خَالَفَ . . لَزِمَهُ كَفَّارَةُ يَمِينٍ عَلَى الْمُرَجَّحِ .

قوله : (**ولو نذر فعل مباح أو تركه . . لم يلزمه**) لما روى البخاري عن ابن عباس رضي الله عنهما قال : بينما النبي صلى الله عليه وسلم يخطب إذا هو برجل قائم في الشمس ، فسأل عنه فقالوا : أبو إسرائيل نذر أن يقوم ولا يقعد ، ولا يستظل ولا يتكلم ويصوم ، فقال صلى الله عليه وسلم : « **مُرُوهُ فَلْيَتَكَلَّمْ وَلْيَسْتَظِلَّ وَلْيَقْعُدْ وَلْيُتِمَّ صَوْمَهُ** »[١] .

والمباح : ما لم يرد فيه ترغيب ولا ترهيب ، زاد في « شرح المهذب » : استوى فعله وتركه شرعاً ؛ كالأكل والنوم والقيام والقعود[٢] .

وقد يقصد بالأكل التقوي على العبادة ، وبالنوم النشاط على التهجد فينال الثواب ، لكن الفعل غير مقصود والثواب على القصد دون الفعل .

وأفهم منعه النذر في المعصية والواجب والمباح : أنه إنما يكون في المستحب ، وقد يفهم جوازه في المكروه ، وفيه ما تقدم في صوم الدهر[٣] .

قوله : (**لكن إن خالف . . لزمه كفارة يمين على المرجح**) أي : عند البغوي[٤] كما نقله الرافعي ، وقطع به القاضي حسين وإن لم يخالف ، وخص الخلاف بنذر المعصية ، **لكن قضية** « **الشرح** » و« **الروضة** » : عدم اللزوم[٥] .

وفي « شرح المهذب » : **والصواب في الجملة** : أنه لا كفارة مطلقاً ،

---

(١) صحيح البخاري (٦٧٠٤) .
(٢) المجموع (٣٤٦/٨) .
(٣) أي : آنفاً في شرح : (ولا يصح نذر معصية) .
(٤) التهذيب (١٤٩/٨) .
(٥) الشرح الكبير (٣٦٢/١٢) ، روضة الطالبين (٥٦٨/٢ـ٥٦٩) .

وَلَوْ نَذَرَ صَوْمَ أَيَّامٍ . نُدِبَ تَعْجِيلُهَا ، . . . .

لا عند المخالفة ولا غيرها في نذر المعصية والفرض والمباح[١] .

ويشهد له في المباح : حديث ابن عباس فإنه صلى الله عليه وسلم أمر بترك المباح ولم يأمره بكفارة[٢] .

قال الزركشي : **الظاهر** : أن هذا الاستدراك خاص بالآخر وهو المباح ؛ ولهذا قال : (ولو نذر فعل مباح) ولم يقل : المباح ؛ ليفهم انقطاعه عما قبله ، وكلام « المحرر » صريح فيه[٣] .

قال : **وكلامه يفهم** : أنه لو لم يخالف . . لا يلزمه الكفارة قطعاً ، لكن حكى الإمام عن القاضي فيما لو نذر مباحاً ؛ بأن قال : نذرت أن أدخل الدار . . لزوم الكفارة قطعاً ؛ لما روي : « **مَنْ نَذَرَ وسَمَّى . . فَعَلَيْهِ مَا سَمَّى ، وَمَنْ نَذَرَ وَلَمْ يُسَمِّ . . فَعَلَيْهِ كَفَّارَةُ يَمِينٍ** » . فألزم الكفارة من غير حنث[٤] .

قال : والوجه : تخريجه على أنه كناية في اليمين أم لا ، قال : فإن كان كناية . . فالكفارة تقف على الحنث .

قوله : (**ولو نذر صوم أيام . . ندب تعجليها**) أي : مسارعةً لبراءة الذمة ، فلو عارضه ما هو أقوى منه ؛ كالمجاهد والمسافر تلحقه المشقة بالصوم . . فالأولى التأخير لنزول المانع ، لاسيما إن وجد ذلك قبل النذر .

---

(١) المجموع (٨/٣٤٦) .
(٢) سبق تخريجه آنفاً .
(٣) المحرر (٣/١٦٠٩) .
(٤) نهاية المطلب (١٨/٤٤٥) ، والحديث قال عنه الحافظ ابن حجر في « الدراية في تخريج أحاديث الهداية » (٢/٣٢٣) : (لم أجده ، ولكن في « البخاري » [٦٦٩٩] حديث ابن عباس : أن رجلاً قال : يا رسول الله ! إن أختي نذرت . . . الحديث ، وقال : « فَاقْضِ اللهَ ») وذكر أحاديث في معناه ، فراجعه و« نصب الراية » (٤/٦٣) .

فَإِنْ قَيَّدَ بِتَفْرِيقٍ أَوْ مُوَالاَةٍ . . وَجَبَ ، وَإِلاَّ . . جَازَ . أَوْ سَنَةٍ مُعَيَّنَةٍ . . . .

ومراده بالأيام : أن تكون غير معينة . . كعشرة أيام مثلاً ، فلو نذرها معينة . . تعينت **على الأصح** ، **وقيل** : لا ؛ إلحاقاً للزمان بالمكان ، ولو مات قبل الصوم وبعد التمكن . . فُدي عنه أو صيم على الخلاف .

قوله : (فإن قيد بتفريق أو موالاة . . وجب) أما الموالاة . . فبلا خلاف ، وأما التفريق . . **فعلى الأصح** ؛ لأنه مرعي في صيام التمتع شرعاً .

وقيل : لا يلزمه ، بل يجوز متتابعاً ؛ لأنه لم يقصد أعيان أيام النذر ، فلم يكن التفريق وصفاً مقصوداً ، وصححه الإمام والغزالي[١] ، وتبعهما البلقيني وقال : لأن التتابع أفضل وأغلظ .

قوله : (وإلا . . جاز) أي : وإن لم يقيد بتفريق ولا موالاة . . جاز التفريق والموالاة ؛ عملاً بمقتضى الإطلاق ، لكن الموالاة أفضل ؛ خروجاً من خلاف أبي حنيفة رحمه الله .

قال الزركشي : وما ذكره من وجوب التفريق عند التقييد به . . لا ينتظم مع استحبابهم التتابع عند الإطلاق ؛ لأنه أفضل .

وقد قالا ؛ يعني : الرافعي والنووي في (الاعتكاف) : إنه لو شرط تفريقه . . أجزأه التتابع **على الأصح** ؛ لأنه أفضل[٢] ، **فالمختار** ما رجحه الإمام[٣] ، وقال الشاشي في « الحلية » : **إنه الأظهر**[٤] .

قوله : (أو سنة معينة) أي : كقوله : أصوم سنة كذا ، أو سنة من أول

---

(١) نهاية المطلب (١٨/ ٤٤٦) ، الوسيط (٤/ ٢٨٣) .

(٢) الشرح الكبير (٣/ ٢٦٥) ، روضة الطالبين (٢/ ٢٦٦) .

(٣) نهاية المطلب (١٨/ ٤٤٦) .

(٤) حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء (٢/ ١٠١) .

. . صَامَهَا وَأَفْطَرَ الْعِيدَ وَالتَّشْرِيقَ وَصَامَ رَمَضَانَ عَنْهُ وَلاَ قَضَاءَ .

وَإِنْ أَفْطَرَتْ بِحَيْضٍ أَوْ نِفَاسٍ . . وَجَبَ الْقَضَاءُ فِي الأَظْهَرِ . **قُلْتُ** : الأَظْهَرُ : لاَ يَجِبُ ، وَبِهِ قَطَعَ الْجُمْهُورُ ، وَاللهُ أَعْلَمُ .

وَإِنْ أَفْطَرَ يَوْماً بِلاَ عُذْرٍ . . وَجَبَ قَضَاؤُهُ ، وَلاَ يَجِبُ اسْتِئْنَافُ . . . . . .

شهر كذا ، أو من الغد (. . صامها) أي : متتابعة بحق الوقت (**وأفطر العيد والتشريق وصام رمضان عنه ولا قضاء**) لأن هذه الأيام لو نذر صومها . . لم ينعقد نذره .

فإذا أطلق . . أولى ألاّ تدخل في نذره ، ولا خلاف في رمضان والعيدين .

وأما في أيام التشريق . . **فعلى الجديد** .

فإن قلنا **بالقديم** : إنه يصح صومها للمتمتع ـ وهو المختار عند المصنف[1] ـ . . لزمه صومها وقضاؤها إن لم يصمها .

قوله : (**وإن أفطرت بحيض أو نفاس . . وجب القضاء في الأظهر**) لأن الزمان قابل للصوم ، وإنما أفطرت لمعنى فيها فوجب عليها القضاء ؛ كما تقضي في صوم رمضان ، (**قلت : الأظهر : لا يجب ، وبه قطع الجمهور ، والله أعلم**) لأن زمانها يقع مستثنى شرعاً ؛ كالعيد .

وصحح البلقيني : القضاء[2] ؛ تنزيلاً للنذر منزلة واجب الشرع ، وهو صوم رمضان ، ونازع في نقل مقابله عن الجمهور ، بل قال : لم أقف على القولين ولا على واحدٍ منهما ، **والظاهر** : أنهما مخرجان من القولين في صورة الأثانين في العيدين والتشريق ، فيكونان وجهين ، لا قولين .

قوله : (**وإن أفطر يوماً بلا عذر . . وجب قضاؤه ، ولا يجب استئناف**

---

(١) روضة الطالبين (٢/ ٢٣٢) .

(٢) التدريب (٤/ ٣١٤) .

سَنَةٍ ، فَإِنْ شَرَطَ التَّتَابُعَ . . وَجَبَ فِي الأَصَحِّ . أَوْ غَيْرِ مُعَيَّنَةٍ وَشَرَطَ التَّتَابُعَ . . وَجَبَ .

سنة) أي : إذا لم يشرط التتابع في نذر السنة المعينة ؛ وأفطر بلا عذر . . أتم ما بقي ولا يجب الاستئناف ؛ لأن التتابع لأجل الوقت ؛ كالصوم في رمضان ، ويجب قضاء ما أفطر ؛ كما في الصوم في رمضان .

وقوله : (**بلا عذر**) قال في « التحرير » : **مفهومه** : أنه إن أفطر بعذر . . لم يجب قضاؤه ، **ويستثنى منه** : إفطاره بالسفر فيجب قضاؤه **على المذهب** .

فإن أفطر بالمرض . . ففي « أصل الروضة » : أن فيه الخلاف المتقدم في الإفطار بالحيض ، ورجح ابن كج وجوب القضاء .

قال البلقيني : ومقتضى البناء : أن **الأصح** عنده : أنه لا يجب القضاء ، وليس كذلك ، بل **الأصح** : وجوب القضاء ؛ كما صححناه في الحيض وأولى .

وفي « شرح الرافعي » : ويشبه أن يرجح وجوب القضاء في المرض في صور سنة معينة ، ذكر ذلك في صوم الأثانين[(١)] .

قوله : (**فإن شرط التتابع . . وجب في الأصح**) أي : يجب استئناف السنة ؛ لأنه لزم بالشرط فيبطل بالفطر .

والثاني : المنع ؛ لأن شرط التتابع مع تعيين السنة لغو ، ورجحه البلقيني .

أما وجوب التتابع في الأداء عند الشرط . . فلا خلاف فيه .

قوله : (**أو غير معينة وشرط التتابع . . وجب**) أي : وفاءً بما التزم ،

---

(١) تحرير الفتاوي (٣/ ٥١٩) ، الشرح الكبير (١٢/ ٣٧٧) ، روضة الطالبين (٢/ ٥٧٥) .

وَلاَ يَقْطَعُهُ صَوْمُ رَمَضَانَ عَنْ فَرْضِهِ ، وَفِطْرُ الْعِيدِ وَالتَّشْرِيقِ ، وَيَقْضِيهَا تِبَاعاً مُتَّصِلَةً بِآخِرِ السَّنَةِ ، وَلاَ يَقْطَعُهُ حَيْضٌ ، وَفِي قَضَائِهِ الْقَوْلاَنِ ، وَإِنْ لَمْ يَشْتَرِطْ . . لَمْ يَجِبْ ، . . . .

ولا خلاف فيه إذا صرح بالسنة ، فإن قال : ثلاث مئة وستين يوماً متتابعة . . فكذلك ، **وقيل** : يلغو ذكر التتابع هنا .

قوله : (**ولا يقطعه**) أي : التتابع (**صوم رمضان عن فرضه وفطر العيد والتشريق**) لأنه مستثنى شرعاً .

واحترز بقوله : (**عن فرضه**) : عما إذا صامه عن نذرٍ أو تطوع . . فإنه لا يصح صومه ، وينقطع به التتابع .

قوله : (**ويقضيها**) أي : رمضان والعيدين والتشريق ؛ لأنه التزم صوم سنة ولم يصمها .

قوله : (**تباعاً متصلة بآخر السنة**) أي : **على المذهب المنصوص** ؛ عملاً بشرط التتابع .

والتباع بكسر التاء : الولاء ، قاله الجوهري[1] .

قوله : (**ولا يقطعه حيض ، وفي قضائه القولان**) أي : في المعينة ، **وقضيته** : ترجيح عدم القضاء عند المصنف .

وأما المرض والسفر من الأعذار . . ففيه ما في صوم الشهرين المتتابعين .

قوله : (**وإن لم يشترط**[2] . . **لم يجب**) أي : التتابع ؛ لصدق الاسم دونه ، فيصوم ثلاث مئة وستين يوماً ، أو اثني عشر شهراً بالأهلة وإن نقصت ؛

---

(١) الصحاح (ص : ١٢٣) .

(٢) كذا في (أ) و(ب) ، وفي « المنهاج » وسائر الشروح المطبوعة : (لم يشرطه) .

أَوْ يَوْمِ الإِثْنَيْنِ أَبَداً. . لَمْ يَقْضِ أَثَانِيَ رَمَضَانَ ، وَكَذَا الْعِيدُ وَالتَّشْرِيقُ فِي الأَظْهَرِ ، فَلَوْ لَزِمَهُ صَوْمُ شَهْرَيْنِ تِبَاعاً لِكَفَّارَةٍ. . صَامَهُمَا ، . . . .

لأنها السنة شرعاً .

قوله : (**أو يوم الإثنين أبداً. . لم يقض أثاني رمضان**) لأنه مستثنى شرعاً ؛ إذ لا بد من وقوعه فيه .

ومقتضى كلامه : أنه لا خلاف في هذا ؛ لعطفه الخلاف بعده ، وهو كذلك في أربعة منها .

أما لو وقع فيه خمسة أثانين. . ففي قضاء الخامس القولان في العيد ؛ لأنه قد يقع وقد لا .

فائدة : في « الصحاح » : أن يوم الإثنين لا يثنى ولا يجمع ؛ لأنه مثنى ، فإن أحببت أن تجمعه ؛ لأنه صفة للواحد. . قلت : أثانين[(١)] ، وأنكره ابن بَرِّيٍّ .

وفي « شرح المهذب » : **الصواب في جمعه** : أثاني بحذف النون ، ووقع في « المهذب » : أثانين[(٢)] .

قوله : (**وكذا العيد والتشريق في الأظهر**) أي : إذا صادفت يوم الإثنين ؛ قياساً على أثاني رمضان .

والثاني : يقضى ؛ لأنه لم يتحقق وقوعه فيه فلم يخرج من نذره ، وصححه البلقيني ؛ تبعاً للشيخ أبي حامد وأتباعه .

قوله : (**فلو لزمه صوم شهرين تباعاً لكفارة. . صامهما**) أي : قدم صوم

---

(١) الصحاح (ص : ١٤٦) .

(٢) المجموع (٨/٣٧٦) ، المهذب (٢/٨٥٨) .

وَيَقْضِي أَثَانِيَهُمَا ، وَفِي قَوْلٍ : لاَ يَقْضِي إِنْ سَبَقَتِ الْكَفَّارَةُ النَّذْرَ . قُلْتُ : ذَا الْقَوْلُ أَظْهَرُ ، وَاللهُ أَعْلَمُ .

الكفارة على الأثانين سواء تقدم وجوب الكفارة أو تأخر ؛ لأنه يمكن قضاء الأثانين ، ولو عكس.. لم يتمكن من الكفارة ؛ لفوات التتابع بتخلل الأثانين .

(**ويقضي أثانيهما**) أي : إن لزمت الكفارة بعد نذر الأثانين.. قضى الأثانين الواقعة في الشهرين ، وإن لزمت الكفارة قبله.. فوجهان ، ويقال : قولان ، أشار إليهما **بقوله** :

(**وفي قول : لا يقضي إن سبقت الكفارة النذر ، قلت : ذا القول أظهر ، والله أعلم**) لأن الأثانين الواقعة فيها حينئذ مستثناة بقرينة الحال ؛ كما لا يقضي الأثاني الواقعة في رمضان .

قال الزركشي : الراجح : القضاء ، فإن الشافعي نص عليه ؛ كما نقله صاحب « البيان » عن « زوائد الربيع »[١] ، والجمهور عليه .

وقال البلقيني : **الأظهر** : الوجوب .

وقال الإسنوي : **الصواب** : الوجوب[٢] ، والمرجح في « الروضة » و« الشرحين » : أن الخلاف وجهان[٣] .

وقال الرافعي : الخلاف يجري فيما إذا نذر صوم شهرين متتابعين أو شهراً أو أسبوعاً ولم يعين وقته ، ثم نذر صوم الأثانين[٤] .

---

(١) البيان (٤/ ٤٩١) ، الأم (٣/ ٦٦٧) .
(٢) المهمات (٩/ ١٩٣) .
(٣) روضة الطالبين (٢/ ٥٨١) ، الشرح الكبير (١٦/ ٣٧٨) .
(٤) الشرح الكبير (١٢/ ٣٧٨) .

وَتَقْضِي زَمَنَ حَيْضٍ وَنِفَاسٍ فِي الأَظْهَرِ .

أَوْ يَوْماً بِعَيْنِهِ . . لَمْ يَصُمْ قَبْلَهُ ، أَوْ يَوْماً مِنْ أُسْبُوعٍ ثُمَّ نَسِيَهُ . . صَامَ آخِرَهُ وَهُوَ الْجُمُعَةُ ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ هُوَ . . وَقَعَ قَضَاءً .

قوله : (**وتقضي زمن حيض ونفاس في الأظهر**) أي : فيما إذا نذرت صوم الأثانين ؛ لأنه لم يتحقق وقوعه فيه فلم يخرج من نذرها .

والثاني : المنع ؛ كما إذا صادفت العيد والتشريق .

وهذا إذا لم يكن لها عادة غالبة ، فإن كانت . . فعدم القضاء فيما يقع في عادتها أظهر .

قوله : (**أو يوماً بعينه . . لم يصم**[١] **قبله**) فإن فعل . . لم يصح ؛ أي : كالواجب بالشرع ، وكما يمنع تقديمه . . يمنع[٢] تأخيره عنه بلا عذر على **المذهب** ، **وقيل** : يجوز .

قال الزركشي : ويشبه أن موضع الخلاف في يوم لم يتأكد صومه ، فإن كان ؛ كعرفة وعاشوراء . . تعين جزماً ، فلو أخره وفعله . . صح وكان قضاءً .

قال الإمام : ولا خلاف في وجوب قضائه إذا أخره بلا عذر[٣] ، فإن كان بعذر . . ففي كلام الغزالي وجه[٤] .

قوله : (**أو يوماً من أسبوع ثم نسيه . . صام آخره وهو الجمعة**) لأنه آخر أيام الأسبوع (**فإن لم يكن هو . . وقع قضاء**) أي : فإن كان هو الذي عينه . . فقد أتى بما التزم ، وإن كان يوماً قبله . . كان قضاء .

---

(١) وفي (ب) : (لم يصح قبله) .

(٢) وفي (أ) في الموضعين : (يمتنع) .

(٣) نهاية المطلب (١٨/٤٤٦) .

(٤) الوسيط (٤/٢٨٣) .

وَمَنْ شَرَعَ فِي صَوْمِ نَفْلٍ فَنَذَرَ إِتْمَامَهُ . . لَزِمَهُ عَلَى الصَّحِيحِ ، . . . . . .

وما ذكره يقتضي : أن أول أيام الأسبوع السبت ، واحتج له في « شرح المهذب » بما رواه مسلم مرفوعاً : « **خَلَقَ اللهُ التُّرْبَةَ يَوْمَ السَّبْتِ** » إلى أن قال : « **وَخَلَقَ اللهُ آدَمَ بَعْدَ الْعَصْرِ يَوْمَ الْجُمُعَةِ فِي آخِرِ الْخَلْقِ** »(١) .

قال البيهقي : وهو مخالف لما عليه أهل السير والتواريخ من أن بدأ الخلق إنما هو يوم الأحد ، ويدل عليه حديث ابن عباسٍ : « **خَلَقَ اللهُ الأَرْضَ يَوْمَ الأَحَدِ** »(٢) .

فعلى هذا : يتعين صوم السبت ، ويحتمل أن يقال بتعينه مع الجمعة ؛ للخروج من الخلاف ، قاله الزركشي .

قوله : (**ومن شرع في صوم نفل فنذر إتمامه . . لزمه على الصحيح**) كالواجب بأصل الشرع .

والثاني : المنع ؛ لأنه نذر صوم بعض اليوم .

ويجريان فيمن نذر أن يتم صوم كل يوم نوى فيه صوم النفل .

قال الإمام البلقيني : محله فيما إذا نوى من الليل ، فإن نوى في النهار قبل الزوال . . لم يلزمه الوفاء **على الصحيح** ؛ لأنه إذا لم ينو في الليل . . فقد انعقد صومه بنية في النهار على صفة لا يقع مثلها في الواجب ، فتعذر الوجوب فيها . انتهى

---

(١) المجموع (٨/ ٣٧٢) ، والحديث في « صحيح مسلم » (٢٧٨٩) عن أبي هريرة رضي الله عنه .

(٢) أخرجه الحاكم (٢/ ٥٤٣) ، والضياء المقدسي في « الأحاديث المختارة » (٣٢١) ، وراجع « الأسماء والصفات » للبيهقي (٣٩٠ـ ٣٩١) ، وعبارته : (لمخالفته ما عليه أهل التفسير وأهل التواريخ) .

وَإِنْ نَذَرَ بَعْضَ يَوْمٍ . . لَمْ يَنْعَقِدْ ، وَقِيلَ : يَلْزَمُهُ يَوْمٌ .

أَوْ يَوْمَ قُدُومِ زَيْدٍ . . فَالأَظْهَرُ : انْعِقَادُهُ ، . . . .

وإذا أصبح ممسكاً ولم ينو . . فهو متمكن من صوم التطوع .

فلو نذر أن يصوم هذا اليوم . . ففي انعقاد نذره ولزوم الوفاء قولان ؛ بناءً على أن النذر ينزل على واجب الشرع ، أم على ما يصح . . قال الإمام : والذي أراه اللزوم(١) .

تنبيه : ما ذكره لا يختص بالصوم ، بل من شرع في نفل صلاة أو طواف أو اعتكاف . . فالحكم كذلك ، صرح به الدارمي وغيره .

قوله : (**وإن نذر بعض يوم . . لم ينعقد**) لأن صوم بعض اليوم ليس بقربة (**وقيل : يلزمه يوم**) لأنه قد يؤمر بالإمساك في بعض النهار ؛ كما في يوم الشك .

وعلى هذا : لو أمسك بقية نهاره عن النذر . . أجزأه إن لم يكن أكل ، فإن أكل . . لم يجزئه **على الصحيح** ، قاله المتولي .

والخلاف في الصوم يجري فيما لو نذر بعض ركعة هل يلغو ، أو تلزمه ركعة ؟ لكن **الأصح** فيها : الثاني .

قوله : (**أو يوم قدوم زيد . . فالأظهر : انعقاده**) أي : لإمكان الوفاء به ؛ بأن يعلم قدومه غداً .

والثاني : المنع ؛ لأنه لا يمكنه الصوم بعد القدوم ؛ لأن التبييت شرط .

وعلى الأول : إذا نوى الصوم من الليل . . فوجهان ؛ **أصحهما** : يجزئه ، وبه قطع الأكثرون ؛ لأنه بنى النية على أصل مظنون .

---

(١) نهاية المطلب (١٨/ ٤٤٩) .

فَإِنْ قَدِمَ لَيْلاً أَوْ يَوْمَ عِيدٍ أَوْ فِي رَمَضَانَ . . فَلاَ شَيْءَ عَلَيْهِ ، أَوْ نَهَاراً وَهُوَ مُفْطِرٌ أَوْ صَائِمٌ قَضَاءً أَوْ نَذْراً . . وَجَبَ يَوْمٌ آخَرُ عَنْ هَذَا ، أَوْ وَهُوَ صَائِمٌ نَفْلاً . . فَكَذَلِكَ ، وَقِيلَ : يَجِبُ تَتْمِيمُهُ .

وخص في « التتمة » الوجهين بالقول بلزوم الصوم من أول النوم ، فإن قلنا : من وقت القدوم . . لم يجزئه .

قوله : (فإن قدم ليلاً أو يوم عيد أو في رمضان) أي : سواء قدم فيه ليلاً أو نهاراً (. . فلا شيء عليه) لأنه قيد باليوم ، ولم يوجد القدوم في محل يقبل الصوم .

وفي معنى العيد أيام التشريق .

ويستحب أن يصوم الغد ، أو يوماً آخر .

قوله : (أو نهاراً وهو مفطر أو صائم قضاء أو نذراً . . وجب يوم آخر عن هذا) ، أي : عن نذره للقدوم ، أما في الأولى . . فلأنه بان أن الصوم لزمه ولا يمكنه إيقاعه فيه ، وهل نقول : لزمه بالنذر من أول اليوم ، أو من وقت القدوم ؟ وجهان ، **أصحهما** : الأول .

وأما في الثانية . . فلأنه لم ينو الصوم له .

وقوله : (**وهو مفطر**) يشمل : مباشرة الفطر ، وما إذا أصبح ممسكاً من غير نية ، ولا يكفيه أن ينويه ويصوم **على الصحيح** .

قوله : (أو وهو صائم نفلاً) أي : وقدم قبل الزوال (. . **فكذلك**) أي : يجب صوم آخر عن نذره ؛ بناء **على الأصح** في لزوم الصوم من أول النهار .

(وقيل : **يجب تتميمه**)[1] أي : بناءً على أنه لا يجب إلا من وقت

---

(١) وفي « المنهاج » المطبوع : (يجب تتميمه ويكفيه) .

وَلَوْ قَالَ : إِنْ قَدِمَ زَيْدٌ . . فَلِلَّهِ عَلَيَّ صَوْمُ الْيَوْمِ التَّالِي لِيَوْمِ قُدُومِهِ ، وَإِنْ قَدِمَ عَمْرٌو . . فَلِلَّهِ عَلَيَّ صَوْمُ أَوَّلِ خَمِيسٍ بَعْدَهُ ، فَقَدِمَا فِي الْأَرْبِعَاءِ . . وَجَبَ صَوْمُ الْخَمِيسِ عَنْ أَوَّلِ النَّذْرَيْنِ وَيَقْضِي الْآخَرَ .

القدوم ، ويكون أوله تطوعاً وآخره فرضاً ؛ كما لو شرع في نفل ثم نذر إتمامه .

قال الزركشي : الخلاف في لزوم التتميم والاكتفاء به عن نذره ، لا في مجرد التتميم كما عبر به .

ولا يلزم من تحتم التتميم الاكتفاء به ، فإن لنا وجهاً بلزوم الإمساك في الفطر مع إيجاب القضاء .

قوله : (ولو قال : إن قدم زيد . . فلله علي صوم اليوم التالي ليوم قدومه ، وإن قدم عمرو . . فلله علي صوم أول خميس بعده ، فقدما في الأربعاء . . وجب صوم الخميس عن أول النذرين ويقضي الآخر) لأنه توارد على الخميس نذران فيصومه عن أولهما ؛ لسبقه ، ويقضي الثاني ؛ لتعذر الإتيان به في وقته ، كذا نقله البغوي ، ثم أبدى احتمالاً : أن النذر الثاني لا ينعقد[1] .

وفي « تعليق الشيخ أبي حامد » : التصريح بالخلاف في ذلك ، وأنا إن قلنا : لا ينعقد . . فلا شيء عليه ، وإن قلنا : ينعقد . . يقضي عنه يوماً آخر .

ومقتضى عبارة الكتاب : أنه لو صام الخميس عن النذر الثاني . . لم يصح ، **والأصح** : الصحة ويقضي عن الأول .

---

(١) التهذيب (٨/ ١٦٣) .

فصل

نَذَرَ الْمَشْيَ إِلَى بَيْتِ اللهِ تَعَالَى أَوْ إِتْيَانَهُ. . فَالْمَذْهَبُ : وُجُوبُ إِتْيَانِهِ بِحَجٍّ أَوْ عُمْرَةٍ ، ....

(فصل)

[في نذر النسك والصدقة والصلاة وغيرها]

(نذر المشي إلى بيت الله تعالى أو إتيانه . . فالمذهب وجوب إتيانه بحج أو عمرة) قال في « الروضة » و« أصلها » : إذا قال لله علي أن أمشي إلى بيت الله الحرام ، أو آتيه ، أو أمشي إلى البيت الحرام . . لزمه إتيانه على المذهب .

ولو قال : أمشي إلى بيت الله ، أو آتيه ، ولم يقل : الحرام . . فوجهان أو قولان ؛ **أحدهما** : يحمل على البيت الحرام ، **وأصحهما** : لا ينعقد نذره إلا أن ينوي البيت الحرام(١) .

وكلامه هنا لا يوافق واحدة من الصورتين ؛ لأن الطريقين فيما إذا قال : بيت الله الحرام ، **وأصحهما** : القطع باللزوم ؛ حملاً للمطلق على المعهود ، وهو القصد بالحج أو العمرة .

والثانية على قولين ؛ إن حملنا النذر على الواجب . . لزمه حج أو عمرة ، **وهو المنصوص**(٢) .

فينبغي أن يحمل ما في « المنهاج » على ما إذا صرح بأنه الحرام أو نواه ، ويدل لذلك تعبيره فيها بـ(المذهب) .

وهذا لا يختص بالبيت ، بل لو قال : أمشي إلى الحرم أو مكة ، أو ذكر

---

(١) روضة الطالبين (٢/ ٥٨٦) ، الشرح الكبير (١٢/ ٣٨٧ـ٣٨٨) .

(٢) راجع « الأم » (٣/ ٥٦٩) .

فَإِنْ نَذَرَ الإِتْيَانَ . . لَمْ يَلْزَمْهُ مَشْيٌ ، وَإِنْ نَذَرَ الْمَشْيَ أَوْ أَنْ يَحُجَّ أَوْ يَعْتَمِرَ مَاشِياً . . فَالأَظْهَرُ : وُجُوبُ الْمَشْيِ ، . . . .

بقعة أخرى . . فهو كما لو قال : إلى بيت الله الحرام ؛ لشمول حرمة الحرم .

قوله : (**فإن نذر الإتيان . . لم يلزمه مشي**) لأن الإتيان لا يقتضي المشي ، فله الركوب بلا خلاف .

قوله : (**وإن نذر المشي أو أن يحج أو يعتمر ماشياً . . فالأظهر : وجوب المشي**) لأنه التزم جعله وصفاً للعبادة ؛ كما لو نذر أن يصلي قائماً ، أو يصوم أياماً متتابعة .

والثاني : لا يلزمه ؛ لأنه لا يجب من جنسه شيء في الشرع ، فلا يجب بالنذر .

والخلاف مبني على أن الحج راكباً أفضل أو ماشياً ، وفيه أقوال ؛ **أظهرها عند المصنف** : الركوب[١] ؛ لأنه صلى الله عليه وسلم حج راكباً[٢] .

والثاني : المشي ؛ لأن في « الصحيح » : قول النبي صلى الله عليه وسلم لعائشة : « **أَجْرُكِ عَلَى قَدْرِ نَصَبِكِ** »[٣] . وصححه[٤] الرافعي[٥] .

فتصحيح المصنف هنا : وجوب المشي واضح على تصحيح الرافعي ، لا على تصحيحه ، لكنه قال : **الصواب** : أن الركوب أفضل وإن كان الأظهر : لزوم المشي بالنذر[٦] .

---

(١) روضة الطالبين (٤/ ٥٨٣) .

(٢) أخرجه البخاري (١٥١٧) عن أنس رضي الله عنه .

(٣) أخرجه البخاري (١٧٨٧) ، ومسلم (١٢١١/ ١٢٦) عن عائشة رضي الله عنها .

(٤) أي : القول الثاني .

(٥) الشرح الكبير (١٢/ ٣٨١) .

(٦) روضة الطالبين (٢/ ٥٨٣) .

فَإِنْ كَانَ قَالَ : أَحُجُّ مَاشِياً . . فَمِنْ حَيْثُ يُحْرِمُ ، . . . .

ومقتضى كلامه في « شرح المهذب » : أنه لا يلزم المشي بالشرط إلا إذا جعلناه أفضل من الركوب[١] .

قال الزركشي : **وهو الظاهر** .

وقال : لا يخفى أن الوجوب فيما إذا كان الناذر قادراً على المشي ، فلو لم يقدر . . لم يلزم المشي بلا خلاف .

وكلامه قد يفهم : أنه لو نذره راكباً . . لم يلزمه ؛ لأن فيه ترفهاً بخلاف المشي ، وهو ما قاله الماوردي : **إنه أشبه**[٢] .

وفي « الروضة » و« أصلها » : إن قلنا : المشي أفضل ، أو سوينا . . يُخيَّر ، وإن قلنا الركوب أفضل . . لزمه الوفاء ، فإن مشى . . فعليه دم ، خلافاً للبغوي[٣] ، قال الزركشي : ووافقه الماوردي[٤] .

قوله : (فإن كان قال : أحج ماشياً . . فمن حيث يحرم) أي : **على الأصح** سواء أحرم من الميقات أو قبله ؛ لأن ابتداء الحج من الإحرام .

وقيل : يجب من داره ؛ لفهمه عادة فنزِّل المطلق عليه .

وقيل : من الميقات .

وقوله : (من حيث يحرم) يشمل ثلاث صور : من الميقات أو قبله أو بعده ؛ بأن يجاوزه ثم يحرم ، ولم يذكر الرافعي الثالثة[٥] .

---

(١) المجموع (٨/ ٣٨٣) .

(٢) الحاوي الكبير (٢٠/ ١٠) .

(٣) روضة الطالبين (٢/ ٥٨٥) ، الشرح الكبير (١٢/ ٣٨٦) .

(٤) راجع « الحاوي الكبير » (٢٠/ ١١) .

(٥) الشرح الكبير (١٢/ ٣٨٢) .

وَإِنْ قَالَ : أَمْشِي إِلَى بَيْتِ اللهِ تَعَالَى . . فَمِنْ دُوَيْرَةِ أَهْلِهِ فِي الأَصَحِّ ، . . . .

والظاهر فيها : ما اقتضاه كلام المصنف .

هذا إذا لم يصرح بمكان ابتداء المشي ، فإن صرح به من دويرة أهله . . **فقيل** : لا يجب قبل إحرامه ؛ إذ لا قربة ، **والأصح** : وجوبه ؛ لأن سعي العبادة قربة .

قوله : (**وإن قال : أمشي إلى بيت الله تعالى . . فمن دويرة أهله في الأصح**) **لأن قضيته** : أن يخرج من بيته ماشياً .

والثاني : من الميقات ؛ لأن المقصود النسك فيمشي من حيث يحرم .

وذكر الإمام البلقيني أن للأصحاب في هذه المسألة طريقين ؛ **إحداهما** : أنه يلزمه المشي من دويرة أهله قطعاً ، وفي الإحرام منها أو من الميقات وجهان .

والثانية : أن الخلاف فيهما ، **والمذهب** : لزومهما من الميقات .

وقال[1] : إن الأولى **أظهر** ، وإن كلام المنهاج مخالف لهما ؛ لحكايته الخلاف في المشي ، وترجيحه لزومه من دويرة أهله .

ومحل الخلاف : فيمن دويرة أهله فوق الميقات ، فإن كانت دونه . . أحرم منها قطعاً . انتهى

وقد تقدم أن **الأصح** : أنه إذا لم يقل : إلى بيت الله الحرام . . لا ينعقد نذره[2] ، فكان ينبغي أن يصرح به .

والمذهب[3] : أنه يلزمه المشي حتى يتحلل التحللين .

---

(١) أي : البلقيني .

(٢) أي : في أول الفصل .

(٣) وفي (أ) : (فالمذهب) .

وَإِذَا أَوْجَبْنَا الْمَشْيَ فَرَكِبَ لِعُذْرٍ . أَجْزَأَهُ وَعَلَيْهِ دَمٌ فِي الأَظْهَرِ ، . . . .

وصحح البلقيني : أنه ينتهي الإيجاب بالمشي إلى البيت ، ولا يلزمه المشي للرمي أيام منى بلا خلاف .

قوله : (**وإذا أوجبنا المشي فركب لعذر . أجزأه ، وعليه دم في الأظهر**) الإجزاء لا خلاف فيه ، صرح به في « شرح المهذب »[١] .

ففي « الصحيحين » : أن النبي صلى الله عليه وسلم رأى شيخاً يُهَادَى بين ابنيه فقال : « **مَا بَالُ هَذَا** » قالوا : نذر أن يمشي ، قال : « **إِنَّ اللهَ عَنْ تَعْذِيبِ هَذَا نَفْسَهُ لَغَنِيٌّ** » . وأمره أن يركب . اتفقا عليه من حديث أنس ، وانفرد به مسلم عن أبي هريرة[٢] .

والقولان في وجوب الدم ، **وأصحهما** : الوجوب ؛ لحديث ابن عباس : أن أخت عقبة نذرت أن تمشي إلى بيت الله ، فأمرها رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تركب وتهدي هدياً . رواه أبو داود[٣] .

والثاني : المنع ؛ كما لو نذر الصلاة قائماً فعجز وصلى قاعداً ، وقال في « الأم » : **إنه القياس**[٤] ؛ يعني : لأن حال العجز لم يدخل في النذر .

وفي « التتمة » و« البحر » : **إنه المذهب**[٥] .

ويقويه الحديث الأول ، فإنه لم يأمره بشيء .

---

(١) المجموع (٨/ ٣٨٦ـ ٣٨٧) .

(٢) صحيح البخاري (١٨٦٥) ، صحيح مسلم (١٦٤٢) عن أنس رضي الله عنه ، صحيح مسلم (١٦٤٣) عن أبي هريرة رضي الله عنه .

(٣) سنن أبي داود (٣٣٠٣) .

(٤) الأم (٣/ ٦٥٨) .

(٥) بحر المذهب (١١/ ٦) .

أَوْ بِلاَ عُذْرٍ . أَجْزَأَهُ عَلَى الْمَشْهُورِ وَعَلَيْهِ دَمٌ .

وأيضاً : حديث أخت عقبة في « الصحيحين » ، وفيه : فقال : « **لِتَمْشِ وَلِتَرْكَبْ** »[١] . وليس فيه أمر بشيء .

وحكى الإمام البلقيني : قولاً بعدم الإجزاء ، وأن عليه إذا صح أن يعيد النسك ، فيمشي في موضع ركوبه الأول ويركب في موضع مشيه .

وقَيَّد[٢] الركوب في التصوير ؛ بأن يركب بعد الإحرام من الميقات أو غيره ، أو بعد المجاوزة غير محرم مسيئاً .

فإن ركب قبل الإحرام.. لم يلزمه دم ؛ لأنه لم يتلبس بنسك يقتضي ارتكاب خلل فيه يوجب الدم .

ثم مَالَ إلى عدم وجوب الدم مطلقاً .

وعلى القول بالوجوب : الدم شاة ، **على المشهور** ، **وفي قول** : بدنة .

قوله : (**أو بلا عذر . . أجزأه على المشهور**) لأنه أتى بالحج ولم يترك إلا هيئة ، وترك الصفة لا يمنع من الاحتساب ؛ كترك الإحرام من الميقات .

والثاني : لا يجزئه ؛ لأنه لم يأت بما التزمه .

وقال في « شرح المهذب » : **الظاهر** : **أن المراد بالعذر** : أن يناله به مشقة ظاهرة[٣] .

قوله : (**وعليه دم**) للحديث السابق[٤] ، فإنه إذا وجب مع العذر . . فبدونه أولى .

---

(١) صحيح البخاري (١٨٦٦) ، صحيح مسلم (١٦٤٤) .

(٢) أي : البلقيني .

(٣) المجموع (٨/ ٣٨٧) .

(٤) أي : حديث أخت عقبة بن عامر رضي الله عنها .

وَمَنْ نَذَرَ حَجّاً أَوْ عُمْرَةً . . لَزِمَهُ فِعْلُهُ بِنَفْسِهِ ، فَإِنْ كَانَ مَعْضُوباً . . اسْتَنَابَ .

وَيُسْتَحَبُّ تَعْجِيلُهُ فِي أَوَّلِ الإِمْكَانِ ، . . . .

ومقتضى كلامه : أنه لا خلاف في إيجاب الدم ، وليس كذلك ، بل فيه قولان أيضاً ، فلو قدمه على قوله : (على المشهور) . . لكان أحسن .

وهل هو شاة أو بدنة ؟ فيه الخلاف السابق(١) .

قوله : (**ومن نذر حجاً أو عمرة . . لزمه فعله بنفسه ، فإن كان معضوباً . . استناب**) أي : إذا لم يكن معضوباً وقت النذر حملاً له على واجب الشرع ، فإن كان أو طرأ العضب ولم يجد المال حتى مضت السنة المعينة . . فلا قضاء عليه ؛ كما قاله الرافعي(٢) .

قال الزركشي : لأن الحج لا يجب إلا بالاستطاعة ، وكذا النذر من المعضوب .

ولا شك فيه إذا أطلق ، فإن نوى فعله بنفسه . . لم ينعقد .

وقوله : (**استناب**) قال في « الدقائق »(٣) : يتناول الاستنابة بأجرة أو جعل وتبرعاً ، وهو مراد « المحرر » ، وإن لم يصرح بالتبرع(٤) .

قوله : (**ويستحب تعجيله في أول الإمكان**) يعني : أن من نذر حجاً . .

---

(١) أي : آنفاً قبيل متن : (أو بلا عذر . . .) إلخ .

(٢) الشرح الكبير (١٢/٣٨٦) .

(٣) دقائق المنهاج (ص : ١٠١) ، المحرر (٣/١٦١٨) ، وعبارته : (فإن كان معضوباً . . حجّ بماله) ، وفي (أ) و(ب) : (وإنْ صرح بالتبرع) وهو خطأ وصححناه من « النجم الوهاج » (١٠/١١٨) ، ومن عبارة « المحرر » المذكورة .

(٤) وفي (أ) و(ب) : (وإن صرح) وهو خطأ .

فَإِنْ تَمَكَّنَ فَأَخَّرَ فَمَاتَ . . حُجَّ مِنْ مَالِهِ .

وَإِنْ نَذَرَ الْحَجَّ عَامَهُ وَأَمْكَنَهُ . . لَزِمَهُ ، فَإِنْ مَنَعَهُ مَرَضٌ . . وَجَبَ الْقَضَاءُ ، . . . .

استحب أن يبادر إليه في أول سني الإمكان ؛ مبادرة لبراءة الذمة .

قوله : (**فإن تمكن فأخر فمات . . حج من ماله**) أي : كما في حجة الإسلام .

واحترز بقوله : (**تمكن**) : عما لو مات قبل الإمكان . . فلا شيء عليه بلا خلاف .

قوله : (**وإن نذر الحج عامه وأمكنه . . لزمه**) أي : في ذلك العام على **الصحيح** ، فلا يجوز تقديمه عليه ؛ كالصوم .

وقيل : يجوز ؛ كما يجوز تقديم حجة الإسلام قبل وجوبها .

واحترز **بقوله** : (**عامه**) : عما إذا لم يقيد بعامه . . فإنه يلزمه أي عام شاء .

وبقوله : (**وأمكنه**) : عما إذا نذر حج السنة ولا زمان يسع الإتيان به ، **والأصح** : لا ينعقد نذره ، **وقيل** : ينعقد ويقضي في سنة أخرى .

وما ذكره ؛ من اللزوم في عامه فيمن حج ، فإن لم يكن حج . . قدم حجة الإسلام ، ولو قدم النذر . . وقعت عن حجة الإسلام .

قوله : (**فإن منعه مرض . . وجب القضاء**) أي : كما لو نذر صوم سنة معينة فأفطر فيها بعذر المرض . . فإنه يقضي **على المذهب** الذي قطع به الجمهور .

ومحله فيما بعد الإحرام ، أما قبله ؛ بأن مرض وقت خروج الناس ولم

أَوْ عَدُوٌّ . . فَلاَ فِي الأَظْهَرِ ، . . . .

يتمكن من الخروج معهم . . فلا قضاء ؛ كما قاله المتولي .

قال الزركشي : لكن كلام القاضي حسين والبغوي وغيرهما يقتضي القضاء[١] .

وقال البلقيني : ما في « التتمة » مخالف لنص « الأم » صريحاً و« المختصر » ظاهراً[٢] ، وجرى الأصحاب على إيجاب القضاء على المريض ولم يفصل أحد منهم بين أن يكون المرض عند خروج الناس أو بعد الإحرام .

قال : **ومحله أيضاً** في المرض الذي لم يحصل به غلبة على العقل ، فإن غلب على عقله عند خروج القافلة ولم يرجع إليه عقله في وقت لو خرج فيه أدرك الحج . . لم يلزمه قضاء الحجة المنذورة ؛ كما لا تستقر حجة الإسلام والحالة هذه في ذمته ؛ كما نص عليه في « الأم » .

قوله : (**أو عدو . . فلا في الأظهر**) أي : سواء كان الحصر عاماً أو خاصاً ؛ كما في حجة الإسلام إذا صد عنها في أول سنة الإمكان . . لا يجب قضاؤها ، **هذا هو المنصوص**[٣] .

وخرج ابن سريج : أنه يجب ؛ لأن باب النذر أوسع من واجب الشرع ! ولهذا لو نذر حجات كثيرات . . لزمه ، ولا يجب بالشرع إلا واحدة .

فكان الأولى تعبيره : بـ(النص) .

---

(١) التهذيب (٨/ ١٥٦) .
(٢) الأم (٣/ ٦٦٧) ، مختصر المزني (ص : ٣٩٩) .
(٣) مختصر المزني (ص : ٣٩٩) .

أَوْ صَلاَةً أَوْ صَوْماً فِي وَقْتٍ فَمَنَعَهُ مَرَضٌ أَوْ عَدُوٌّ . . وَجَبَ الْقَضَاءُ ، . . . . .

ولا فرق في ذلك بين ما بعد الإحرام أو قبله ؛ كما نقله الرافعي والنووي عن الإمام[١] .

قال الزركشي : وبه صرح القاضي حسين ، قال : بخلاف حجة الإسلام ؛ لأن الوقت لها جميع العمر .

ولو ترك المنذورة بلا عذر . . صارت ديناً في ذمته .

وقال الماوردي : عليه القضاء في العام الثاني ؛ ولا يجوز تأخيره عنه[٢] .

قال في « التحرير » : صحح في « المطلب » في الحصر الخاص وجوب القضاء ، وقال شيخنا : **إنه المعتمد** في الفتوى[٣] .

قوله : (**أو صلاة أو صوماً في وقت فمنعه مرض أو عدو . . وجب القضاء**) أي : بخلاف الحج في النذر ، قال في « التهذيب » : لأن الواجب بالنذر يلزم بالنذر ، والحج لا يجب إلا عند الاستطاعة[٤] .

وقد يستشكل تصوير منع الصوم والصلاة ويمكن تصويره في الصيام بالأسير يخاف إن لم يأكل . . قُتِل .

وصوره المصنف في « شرح المهذب » في المصلي ؛ بأن يأتي بها على غير الوجه المجزىء من الطهارة ونحوها[٥] .

وتعبيره بـ(القضاء) يقتضي : التعيين في الوقت المعين بالنذر ، **وهو**

---

(١) الشرح الكبير (١٢/ ٣٨٥) ، روضة الطالبين (٢/ ٥٨٤) .
(٢) الحاوي الكبير (٢٠/ ٣٢) .
(٣) تحرير الفتاوي (٣/ ٥٢٨) .
(٤) التهذيب (٨/ ١٥٧) .
(٥) المجموع (٣/ ٦٩) .

أَوْ هَدْياً . . لَزِمَهُ حَمْلُهُ إِلَى مَكَّةَ وَالتَّصَدُّقُ بِهِ عَلَى مَنْ بِهَا ، . . . .

الأصح في « أصل الروضة » في الصوم ، ثم قال : إن الخلاف جار في الصلاة أيضاً[(١)] ، لكنه في باب (الاعتكاف) جزم في الصلاة بعدم التعين ؛ تبعاً للرافعي[(٢)] .

والصواب : الأول ، فقد نص عليه في « البويطي » ، قاله الإسنوي[(٣)] والبلقيني والزركشي .

قوله : (أو هدياً . . لزمه حمله إلى مكة والتصدق به على من بها) .

اعلم : أنه إذا قال : لله علي أن أذبح هذه البدنة ، أو هذه البقرة ، فإن قال مع ذلك : وأتصدق بلحمها ، أو نواه . . لزمه الذبح والتصدق ، وإلا . . **فالأصح** : أنه لا ينعقد .

ولو نذر أن يهدي بدنة أو نحوها إلى مكة ويذبحها ويفرق لحمها على فقرائها . . لزمه الوفاء ، ولو لم يتعرض للذبح وتفرقة اللحم . . لزمه الذبح بها أيضاً ، وكذا تفرقة اللحم بها **على الأصح** .

قال الزركشي : سواء قال : إلى مكة ، أو أطلق .

وقيل : لا يجب حمله إليها إذا لم يصرح بها .

وقوله : (**لزمه حمله**) **يقتضي** : أنه يجب عليه مؤنة النقل .

ونقل الزركشي عن شارح « مختصر الجويني » : أن ذلك إذا قال : لله علي إهداؤه ، فإن قال : جعلته هدياً . . فمؤنة النقل من ذلك الشيء ؛ إذ لم يلتزم نقله ، ولكن يستحب . انتهى

---

(١) روضة الطالبين (٢/ ٥٧٤) .

(٢) روضة الطالبين (٢/ ٢٦٥) ، الشرح الكبير (٣/ ٢٦٤) .

(٣) المهمات (٩/ ١٩١) .

أَوِ التَّصَدُّقَ عَلَى أَهْلِ بَلَدٍ مُعَيَّنٍ. . لَزِمَهُ ، . . . .

وفي « الروضة » و« أصلها » : وأطلق مطلقون : أن مؤنة النقل على الناذر ، فإن لم يكن له مال. . بيع بعضه لنقل الباقي ، واستحسن ما حكي عن القفال[١] ، وهو[٢] معنى ما نقله الزركشي عن الشارح المذكور .

وفيها : هل يشترط فيه السن المجزىء في الأضحية ، والسلامة من العيوب ؟ قولان بناءً على أن مطلق النذر يحمل على أقل ما وجب من ذلك الجنس ، أو أقل ما يتقرب به ، والأول : **أظهر**[٣] .

وفيها : لو نذر أن يهدي مالاً معيناً. . وجب صرفه إلى مساكين الحرم[٤] ؛ يعني : **على الصحيح** .

فإن كان من غير النعم وتيسر نقله إلى الحرم ؛ كالظبية والطائر والثوب. . وجب حمله إلى الحرم ، وإن لم يمكن ؛ كالعقار. . باعه وحمل ثمنه وتصدق به على مساكينه ، فيحمل كلام المصنف على الحيوان وغيره .

وقوله : (على من بها) أولى من قول « المحرر » : (على أهلها)[٥] لأنه لا فرق في المصروف إليهم بين المتوطن والغريب .

والمراد : الفقراء والمساكين .

قوله : (أو التصدق على أهل بلد معين. . لزمه) أي : سواء مكة وغيرها ، وعزاه الرافعي لـ« التهذيب »[٦] ، وقد نص عليه في « الأم »

---

(١) روضة الطالبين (٢/ ٥٩٣) ، الشرح الكبير (١٢/ ٤٠١) .
(٢) أي : ما حكي عن القفال .
(٣) روضة الطالبين (٢/ ٥٩٢) ، الشرح الكبير (١٢/ ٤٠٠) .
(٤) روضة الطالبين (٢/ ٥٩٣) ، الشرح الكبير (١٢/ ٤٠١) .
(٥) المحرر (٣/ ١٦٢٠) .
(٦) الشرح الكبير (١٢/ ٣٩٧) .

أَوْ صَوْماً فِي بَلَدٍ. . لَمْ يَتَعَيَّنْ ، وَكَذَا صَلاَةٌ إِلاَّ الْمَسْجِدَ الْحَرَامَ ، . . . . . .

وفرضه في المساكين(١) .

قوله : (أو صوماً في بلد. . لم يتعين) أي : ذلك البلد ، فيلزمه الصوم ، ويصوم حيث شاء ، وسواء عين مكة أو غيرها ؛ كما أن الصوم الذي هو بدل جبران الإحرام لا يختص بالحرم .

وقيل : يتعين إذا عين الحرم ؛ كالصلاة .

قوله : (وكذا صلاة) أي : إذا نذرها في بلد. . لا يتعين ؛ لأنها لا تختلف باختلاف البقاع ، وكذا إذا نذرها في مسجد غير المساجد الثلاثة ؛ لمفهوم قوله صلى الله عليه وسلم : « **لاَ تُشَدُّ الرِّحَالُ إِلاَّ إِلَى ثَلاَثَةِ مَسَاجِدَ** »(٢) . **هذا هو المشهور** ، **وقيل** : يتعين .

وإطلاقه محمول على صلاة النفل .

فلو نذر صلاة الفرائض في المسجد. . ففي « الوسيط » : أنه يلزمه إذا قلنا صفات الفرائض تفرد بالالتزام(٣) ؛ أي : **وهو الأصح** .

قوله : (**إلا المسجد الحرام**) أي : فيتعين بالنذر ؛ لعظم فضله وتعلق النسك به .

وصح عن النبي صلى الله عليه وسلم : أن الصلاة فيه بمئة ألف(٤) .

وظاهر كلام الرافعي والمصنف : القطع به(٥) ، لكن في « تعليق

---

(١) الأم (٣/ ٦٦٥) .
(٢) أخرجه البخاري (١١٨٩) ، ومسلم (١٣٩٧) عن أبي هريرة رضي الله عنه .
(٣) الوسيط (٤/ ٢٨٩) .
(٤) أخرجه ابن ماجه (١٤٠٦) ، وأحمد (١٤٩٢٠) عن جابر رضي الله عنه .
(٥) الشرح الكبير (١٢/ ٣٩٣) ، روضة الطالبين (٢/ ٥٨٩) .

وَفِي قَوْلٍ : وَمَسْجِدَ الْمَدِينَةِ وَالأَقْصَى . قُلْتُ : الأَظْهَرُ : تَعَيُّنُهُمَا كَالْمَسْجِدِ الْحَرَامِ ، وَاللهُ أَعْلَمُ .

أبي الطيب » : أنه لو نذر صلاة ركعتين في الكعبة ؛ فإن قلنا : ينعقد نذره . . لزمه المضي والصلاة ، وإن قلنا : لا ينعقد . . صلاها في أي موضع شاء .

والمراد بـ(**المسجد الحرام**) : جميع الحرم ، فإنه كالمسجد في المضاعفة فيما جزم به الماوردي ، وتبعه المصنف في (مناسكه)[١] .

قوله : (**وفي قول : ومسجد المدينة والأقصى ، قلت : الأظهر : تعينهما كالمسجد الحرام ، والله أعلم**) لمشاركتهما له في الفضل بدليل الحديث[٢] ، ونص عليه في « البويطي »[٣] .

والثاني : لا يلزمه ؛ لأنهما لا يقصدان بالنسك فأشبها سائر المساجد .

هذه **أصح الطريقين** ، والثانية : القطع بالتعين ؛ لأنه التزم قربة وضم إليها مزيد فضيلة .

وإذا قلنا : تعينهما[٤] فصلى في المسجد الحرام . . خرج عن نذره **على الأصح** ، بخلاف العكس .

وفي قيام أحدهما مقام الآخر خلاف ، صحح المصنف أن مسجد المدينة يقوم مقام الأقصى دون عكسه ، ونص عليه في « البويطي »[٥] .

---

(١) الحاوي الكبير (١٧/٢٠) ، الإيضاح (ص : ٣٦٧ ، ٣٧٦) ، وراجع « حاشية الإيضاح » (ص : ٤٩٩ ، ٥٤٩) .

(٢) أخرجه البخاري (١١٨٩) ، ومسلم (١٣٩٧) عن أبي هريرة رضي الله عنه .

(٣) مختصر البويطي (ص : ٩١٤) .

(٤) كذا في (أ) و(ب) ، وعبارة « روضة الطالبين » (٥٨٩/٢) : (وقلنا بالتعيين . . .) إلخ .

(٥) روضة الطالبين (٥٨٩/٢) ، مختصر البويطي (ص : ٩١٨) .

أَوْ صَوْماً مُطْلَقاً . . فَيَوْمٌ ، أَوْ أَيَّاماً . . فَثَلَاثَةٌ ، أَوْ صَدَقَةً . . فَبِمَا كَانَ ، أَوْ صَلَاةً . . فَرَكْعَتَانِ ، وَفِي قَوْلٍ : رَكْعَةٌ ، فَعَلَى الأَوَّلِ : يَجِبُ الْقِيَامُ فِيهِمَا مَعَ الْقُدْرَةِ ، وَعَلَى الثَّانِي : لَا .

قوله : (**أو صوماً مطلقاً . . فيوم**) لأن الصوم الشرعي لا يكون في أقل منه ، قال الصيمري : ولا يعلم فيه خلافاً[١] .

قوله : (**أو أياماً . . فثلاثة**) لأنها أقل الجمع ، ويحتمل مجيء وجه بيومين ؛ بناء على أنهما الأقل .

قوله : (**أو صدقة . . فبما كان**) أي : ولو دون دانق مما يتمول .

وصرح المتولي وغيره ؛ بأنه لا خلاف في الاكتفاء بما ينطلق عليه الاسم ، ولا يحمل على خمسة دراهم أو نصف دينار ؛ لأن الصدقة الواجبة في الزكاة لا تنحصر في نصاب الذهب والفضة ، بل تكون في صدقة الفطر وفي الخلطة .

قوله : (**أو صلاة . . فركعتان**) يعني : إذا نذر أن يصلي وأطلق . . لزمه ركعتان **على المنصوص**[٢] (**وفي قول : ركعة**) .

أصل هذا الخلاف : أن النذر يسلك به مسلك واجب الشرع أو جائزه ، وفيه قولان مأخوذان من معاني كلام الشافعي ، **والأصح عند الجمهور** : أنه يسلك به مسلك الواجب .

قوله : (**فعلى الأول**) أي : القول بوجوب الركعتين (**يجب القيام فيهما مع القدرة ، وعلى الثاني : لا**) أي : لا يجب القيام ، وهما وجهان على الأصل المذكور .

---

(١) كذا في النسخ .
(٢) الأم (٣/ ٦٦٨) .

أَوْ عِتْقاً . . فَعَلَى الأَوَّلِ : رَقَبَةُ كَفَّارَةٍ ، وَعَلَى الثَّانِي : رَقَبَةٌ . قُلْتُ : الثَّانِي هُنَا أَظْهَرُ ، وَاللهُ أَعْلَمُ .

ومحلهما ما إذا أطلق .

فلو نذر أن يصلي قائماً . . لزمه القيام قطعاً ، أو قاعداً . . فله القعود قطعاً ؛ كما لو صرح بركعة فتجزئه قطعاً .

قوله : (**أو عتقاً . . فعلى الأول**) أي : القائل بوجوب الركعتين في الصلاة المبني على القول : بأن النذر يسلك به مسلك واجب الشرع .

قوله : (**رقبة كفارة**) أي : تلزمه رقبة مؤمنة سليمة .

(**وعلى الثاني** : **رقبة**) أي : على القول : بأن النذر كجائز الشرع . . تلزمه رقبة ولو كانت معيبة وكافرة .

ومقتضى كلام الرافعي : ترجيح الأول ، فإنه قال : وهو قضية ما رجح في نذر الصلاة ؛ من لزوم ركعتين[١] .

(**قلت** : **الثاني هنا أظهر** ، **والله أعلم**) قال الزركشي : وهو المنصوص في « الأم » ، قال في « الروضة » : وهو الراجح في الدليل[٢] ؛ يعني : أن الأصل براءة الذمة ، فاكتفي بما يقع عليه الاسم .

وقال في « شرح المهذب » : **الصحيح** عند الجمهور : أن النذر ينزل في صفاته على صفات واجب الشرع إلا في الإعتاق[٣] .

قال البلقيني : **والأظهر** : ما يقتضيه كلام « المحرر »[٤] ، فقد اختاره

---

(١) الشرح الكبير (١٢/ ٣٦٧)

(٢) الأم (٣/ ٦٦٩) ، روضة الطالبين (٢/ ٥٧٢) .

(٣) المجموع (٨/ ٣٥٥) .

(٤) المحرر (٣/ ١٦٢٢) .

أَوْ عِتْقَ كَافِرَةٍ أَوْ مَعِيبَةٍ . . أَجْزَأَهُ كَامِلَةٌ ، فَإِنْ عَيَّنَ نَاقِصَةً . . تَعَيَّنَتْ ، . .

المزني ، وبه قال أبو إسحاق ، وصححه القاضي أبو الطيب والداركي ، وهو الموافق لأصل الخلاف في تنزيل النذر على الواجب أو الجائز .

قوله : (أو عتق كافرة أو معيبة[١] . . أجزأه كاملة) أي : إذا أطلق **على الصحيح** ؛ لأنها أكمل .

وذكر (**الكفر**) و(**العيب**) ليس للتقرب ، بل لجواز الاقتصار على الناقص ، فصار كمن نذر التصدق بحنطة رديئة يجوز له التصدق بالجيدة .

ويجزئه الكافرة والمعيبة قطعاً .

أما إذا قال : أن أعتق هذا الكافر ، أو : المعيب . . لم يجزئه غيره ؛ لتعلق النذر بعينه .

وإليه أشار **بقوله** : (**فإن عين ناقصة**) أي : بكفر (. . **تعينت**) لكن أفتى القاضي حسين : بأنه إن قال : لله علي أن أعتق هذا العبد الكافر . . لا يلزمه إعتاقه ، بخلاف قوله : لله علي عتق هذا العبد وكان كافراً . . يلزمه النذر[٢] .

فرع : نذر عتق رقبة بعينها . . لزمه إعتاقها ، ولا يزول ملكه عنها بنفس النذر .

فإن أراد بيعها أو إبدالها بغيرها . . لم يجز ؛ لأنها تعينت للعتق .

وإذا تلفت أو أتلفها . . لم يلزمه إبدالها ؛ لأن العتق حق للرقبة .

وإن أتلفها أجنبي . . لزمه قيمتها للمالك ، ولا يلزمه صرفها إلى أخرى ، بخلاف الهدي ، فإن الحق فيه للفقراء وهم موجودون ، قاله في « البيان »[٣] .

(١) وفي « المنهاج » المطبوع : (أو عتق كافرة معيبة) .
(٢) فتاوى القاضي حسين (ص : ٤١٦) .
(٣) البيان (٤/ ٤٧٧) .

أَوْ صَلاَةً قَائِماً . . لَمْ يَجُزْ قَاعِداً ، بِخِلاَفِ عَكْسِهِ ، أَوْ طُولَ القِرَاءَةِ ، أَوْ سُورَةً مُعَيَّنَةً ، أَوِ الْجَمَاعَةَ . . لَزِمَهُ .

قوله : (أو صلاة قائماً . . لم يجز قاعداً ، بخلاف عكسه) لأن الأول دون الملتزم ، والثاني : فوقه .

وما جزم به في العكس ؛ من جواز القيام يقتضي : أنه يجوز القعود أيضاً .

وقال في « الشرح الصغير » : لا خلاف فيه لكن في « الاستذكار » في (باب صلاة التطوع) : لو نذر أن يصلي قاعداً . . فأوجه ؛ أحدها : يصلي قاعداً ، والثاني : قائماً ، والثالث : النذر باطل . انتهى

هذا إذا نذر قاعداً مع القدرة على القيام ، فلو نذرها مع عجزه عن القيام . . فلا خلاف في صحة النذر ولزوم الوفاء .

ولو نذر القيام ولحقه مشقة شديدة . . ففي جواز القعود وجهان في « البحر » في (باب إمامة المرأة) ، وقال : **أصحهما** : أنه لا يجوز القعود[١] .

قوله : (أو طول القراءة)[٢] أي : قراءة الصلاة (أو سورة معينة) أي : في الصلاة (أو الجماعة) أي : في الفرائض (. . لزمه) أي : **على الأصح** ؛ لأنها عبادات محبوبة فتعلق بها النذر ، ولأن في جنس الجماعة واجب ، وهو الجمعة .

وقيل : لا يلزمه ، أما في الجماعة . . فلئلا يغير عن وضعها الشرعي ، وأما في الباقي . . فلأنها أوصاف لا تستقل بنفسها ، فلا تفرد بالالتزام .

---

(١) بحر المذهب (٢/ ٢٩١) .

(٢) وفي « المنهاج » المطبوع : (أو طول قراءة الصلاة) .

وَالصَّحِيحُ : انْعِقَادُ النَّذْرِ بِكُلِّ قُرْبَةٍ لاَ تَجِبُ ابْتِدَاءً ؛ كَعِيَادَةٍ ، وَتَشْيِيعِ جَنَازَةٍ ، وَالسَّلاَمِ .

فلو نذر الجماعة في النوافل التي لا تشرع فيها الجماعة . . لم تلزم ، وكذا فيما يشرع فيه الجماعة في الأصح .

وعلم من كلامه : أنه لو اتفق ذلك في الصلاة الملتزمة بالنذر . . لزمه قطعاً ، وهو قضية كلام الرافعي[١] .

قوله : (والصحيح : انعقاد النذر بكل قربة لا تجب ابتداء ؛ كعيادة ، وتشييع جنازة ، والسلام) لأنه رُغِّب فيها ، والعباد يتقربون بها إلى الله تعالى .

والثاني : المنع ؛ لأنها ليست على أوضاع العبادات .

واحترز بقوله : (لا تجب ابتداء) : عن الواجبة بالشرع ؛ كالصلاة والصوم ، والحج والعتق ، فتلزم بالنذر بلا خلاف ؛ كما قاله في « التتمة » .

وعبارة « المحرر » : (والسلام على الغير)[٢] .

قال في « الدقائق » : والأجود حذف (الغير) ؛ لأنه قد يوهم الاحتراز عن سلامه على نفسه عند دخوله بيتاً خالياً ، ولا يصح الاحتراز ؛ لأنهما سواء[٣] .

قال الزركشي : وفي تساويهما نظر ، وقال في « التحرير » : يحمل على الابتداء بالسلام ، وجوابه حيث لم يتعين ، والله أعلم[٤] .

* * *

---

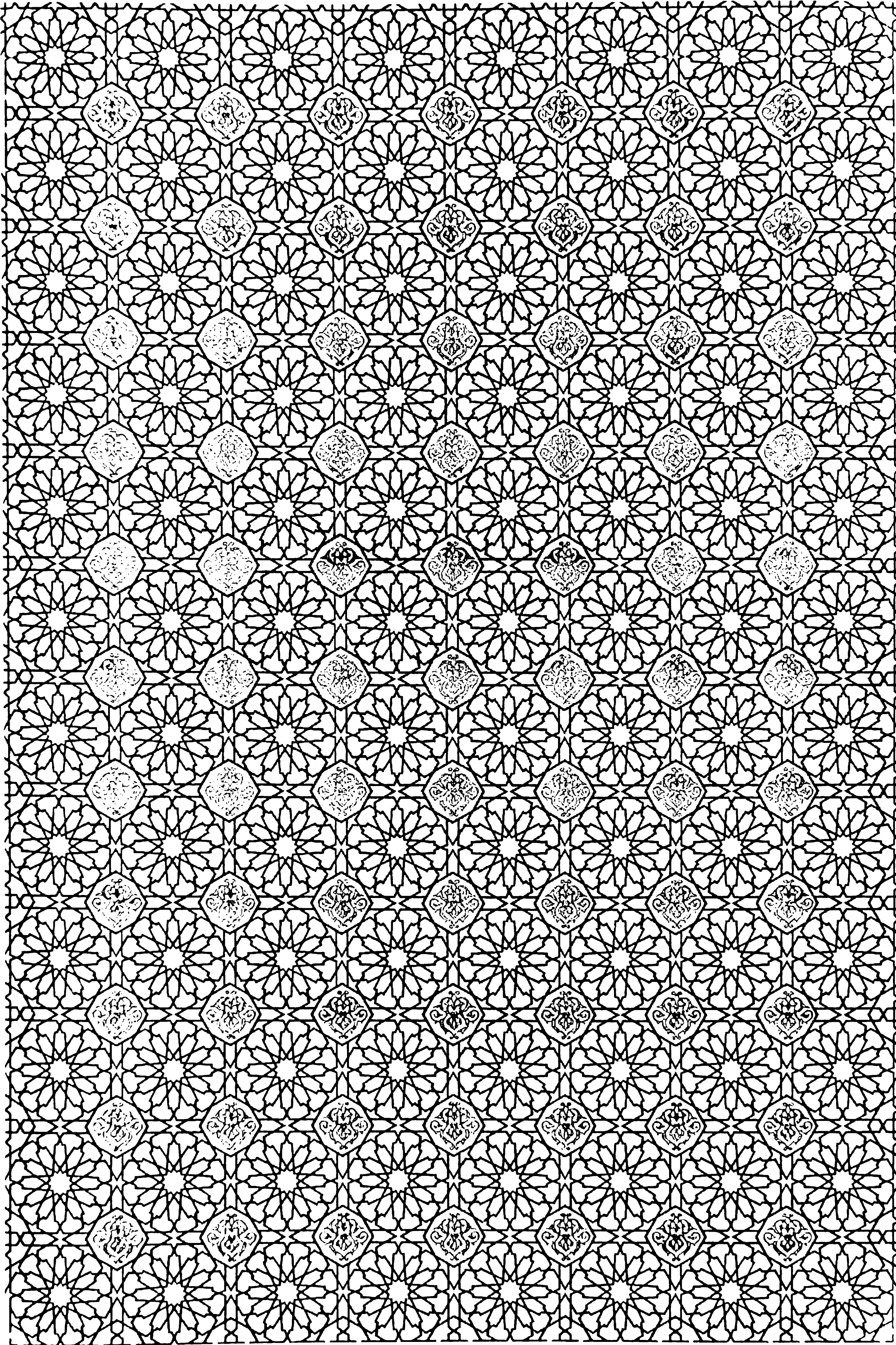
(١) الشرح الكبير (١٢/ ٣٥٩ـ ٣٦٠) .

(٢) المحرر (٣/ ١٦٣٣) .

(٣) دقائق المنهاج (ص : ١٠٢) .

(٤) تحرير الفتاوي (٣/ ٥٣٥) .

كتاب القضاء



كِتَابُ الْقَضَاءِ

. . . .

(كتاب القضاء)

هو بالمد في اللغة : بمعنى الإعلامِ بالشيء وإمضائِه ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَقَضَيْنَآ إِلَىٰ بَنِىٓ إِسْرَٰٓءِيلَ ﴾ [الإسراء : ٤] والفعل والإنهاءِ ؛ لقوله تعالى : ﴿ فَٱقْضِ مَآ أَنتَ قَاضٍ ﴾ [طه : ٧٢] والفراغِ ؛ لقوله تعالى : ﴿ فَقَضَىٰهُنَّ سَبْعَ سَمَٰوَاتٍ ﴾ [فصلت : ١٢] .

فسمي الحاكم قاضياً ؛ لأنه يمضي الحكم وينهيه ويقطع التنازع ويفرغ منه نفياً أو إثباتاً[1] .

وسمي القضاء حكماً ؛ لما فيه من منع الظالم من الظلم .

قال الشيخ عز الدين : والحكم الذي يستفيده القاضي بالولاية هو إظهار حكم الشرع في الواقعة بمن يجب عليه إمضاؤه ، وفيه احتراز عن المفتي فإنه لا يجب عليه إمضاء الحكم[2] .

والأصل فيه : قوله تعالى : ﴿ وَأَنِ ٱحْكُم بَيْنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ ﴾ [المائدة : ٤٩] فألزمه بالحكم .

وفي « الصحيح » : « **إِذَا اجْتَهَدَ الْحَاكِمُ وَأَصَابَ . . فَلَهُ أَجْرَانِ ، وَإِنْ أَخْطَأَ . . فَلَهُ أَجْرٌ** »[3] .

---

(١) وفي (ب) : (نفياً وإثباتاً) .

(٢) القواعد الكبرى (١/ ١٩٧ـ١٩٨) .

(٣) صحيح البخاري (٧٣٥٢) ، صحيح مسلم (١٧١٦) عن عمرو بن العاص رضي الله عنه .

هُوَ فَرْضُ كِفَايَةٍ ، فَإِنْ تَعَيَّنَ . . لَزِمَهُ طَلَبُهُ ، . . . .

قوله : (هو فرض كفاية) أي : قبول التولية إذا كان هناك صالحون ، فإن امتنعوا كلهم . . أثموا ؛ لقوله تعالى : ﴿ كُونُواْ قَوَّٰمِينَ بِٱلْقِسْطِ ﴾ [النساء : ١٣٥] لأنه إمّا أمر بمعروف أو نهي عن منكر ، وهما على الكفاية .

واحتج الرافعي بالإجماع[١] ، ولا ينافيه حكايته عن ابن كج : أنه مكروه[٢] ؛ لأنه لم يُردْ كراهيته مطلقاً ، بل الحرص والتكالب عليه ؛ فإنه يوكَّل إلى نفسه إذ ذاك[٣] ، ولهذا جاء الترغيب فيه والتحذير منه[٤] .

أما إيقاع التولية للقاضي . . فهو فرض عين على الإمام ؛ كما قاله الماوردي والروياني ؛ لدخوله في عموم ولايته ، ولا يصح إلا من جهته ، ولا يجوز أن يتوقف حتى يسأل ، وكذا تتعين التولية على قاضي الإقليم في المعجوز عنه[٥] .

قوله : (فإن تعين) أي : إنسان للقضاء (. . لزمه طلبه) أي : كسائر فروض الكفاية إذا تعينت ، سواء علم به الإمام ولم يستدعه ، أو لم يعلم به ، وسواء كان الإمام عادلاً أو جائراً **على الأصح** .

ولو توقف على بذل مال . . لزمه كما يلزمه شراء الرقبة للكفارة والطعام في

---

(١) الشرح الكبير (١٢/ ٤٠٩) .
(٢) الشرح الكبير (١٢/ ٤١٠) .
(٣) إشارة إلى ما أخرجه البخاري (٦٦٢٢) ، ومسلم (١٦٥٢) عن عبد الرحمن بن سمرة رضي الله عنهما .
(٤) ومما جاء في الترغيب . . ما أخرجه البخاري (٧٣٥٢) ، ومسلم (١٧١٦) عن عمرو بن العاص رضي الله عنه ، ومما جاء في التحذير منه . . ما أخرجه البخاري (٦٦٢٢) ، ومسلم (١٦٥٢) عن عبد الرحمن بن سمرة رضي الله عنهما .
(٥) الحاوي الكبير (٢٠/ ٤٥) ، بحر المذهب (١١/ ٤٩) .

وَإِلاَّ ؛ فَإِنْ كَانَ غَيْرُهُ أَصْلَحَ وَكَانَ يَتَوَلاَّهُ . . فَلِلْمَفْضُولِ الْقَبُولُ ، وَقِيلَ : لاَ .

المجاعة ، **هذا هو المشهور** ، كذا قاله الزركشي .

وفي « الروضة » : ما ذكرناه هو حكم الطلب بلا بذل ، **فأما** مع البذل . . فأطلق جماعة تحريمه ، **والصحيح** ما ذكره الروياني : أنه إن تعين عليه أو ندب له . . جاز المال ، وإلا . . فلا[١] ، لكن لهذا إذا كان متولياً البذل لئلا يعزل .

والبذلُ لعزل متولٍّ حرام إن كان صالحاً ، وإلا . . فمندوب ، والأخذ حرام مطلقاً .

ولزوم[٢] الطلب على من تعين إذا لم يعرض عليه ، فإن عرض عليه . . لزمه القبول بلا خلاف ، فإن امتنع بتأويل . . عصى ، وللإمام جبره **في الأصح** ؛ كما يجبر مالك الطعام على بذله للمضطر ، وقال المصنف : هذا ليس بعاص قطعاً وإن كان مخطئاً[٣] .

قوله : (وإلا) أي : وإن لم يتعين عليه . . نظر (**فإن كان غيره أصلح وكان يتولاه . . فللمفضول القبول** ، **وقيل** : **لا**) هذا الخلاف رتبه الرافعي على أن الإمامة العظمى هل تنعقد للمفضول ؟ وفيه قولان ؛ **أصحهما** : الانعقاد ؛ لأن تلك الزيادة خارجة عن حد الإمامة والقضاء أولى بالجواز[٤] .

وقوله : (**وقيل** : **لا**) أي : لا يجوز القبول ؛ بناء على منع الانعقاد .

قال الزركشي : وهو الذي يعضده الدليل ، لا سيما في حق المُوَلي ، روى البيهقي بإسناد حسن : « **مَنْ اسْتَعْمَلَ رَجُلاً عَلَى عِصَابَةٍ وَفِي تِلْكَ الْعِصَابَةِ مَنْ**

---

(١) روضة الطالبين (٨/ ٨٢) .
(٢) أي : والصحيح : لزوم . . . إلخ .
(٣) روضة الطالبين (٨/ ٨٠) .
(٤) الشرح الكبير (١٢/ ٤١٢) .

وَيُكْرَهُ طَلَبُهُ ، وَقِيلَ : يَحْرُمُ ، وَإِنْ كَانَ مِثْلَهُ . . فَلَهُ الْقَبُولُ . وَيُنْدَبُ الطَّلَبُ إِنْ كَانَ خَامِلاً يَرْجُو بِهِ نَشْرَ الْعِلْمِ أَوْ مُحْتَاجاً إِلَى الرِّزْقِ ، . . . .

هُوَ أَرْضَى للهِ مِنْهُ . . فَقَدْ خَانَ اللهَ وَرَسُولَهُ وَجَمَاعَةَ الْمُسْلِمِينَ » . وصححه الحاكم[١] .

وأشار بقوله : (وكان يتولاه) إلى تخصيص الخلاف برضاه ، فإن لم يرض . . فكالمعدوم ، قاله الرافعي[٢] وغيره .

قوله : (ويكره طلبه) أي : لوجود من هو أولى منه ، هذا إن جوزنا ولاية المفضول **(وقيل : يحرم)** أي : بناء على امتناعها .

قوله : (وإن كان مثله) أي : وسئل بلا طلب **(. . فله القبول)** أي : لأنه من أهله وقد أتاه من غير مسألة فيعان عليه[٣] .

وعلم من قوله : (فله) : أنه لا يجب عليه ، **وهو الأصح ؛** لأنه قد يقوم به غيره ، وقد امتنع ابن عمر لما سأله عثمان القضاء . رواه الترمذي[٤] .

وخصهما الإمام بما إذا عينه من غير تخيير ، فإن خيره . . فلا معنى لإيجاب القبول وهو غير متعين[٥] .

قوله : (ويندب الطلب إن كان خاملاً يرجو به نشر العلم أو محتاجاً إلى الرزق) أما في الأولى . . فلحصول المنفعة بنشر العلم إذا عرفه الناس ، وأما

---

(١) السنن الكبير (٢٠٣٩٠) ، المستدرك (٤/ ٩٢ـ ٩٣) عن ابن عباس رضي الله عنهما ، واللفظ للحاكم .

(٢) الشرح الكبير (١٢/ ٤١٢) .

(٣) إشارة إلى ما أخرجه البخاري (٦٦٢٢) ، ومسلم (١٦٥٢) عن عبد الرحمن بن سمرة رضي الله عنهما .

(٤) سنن الترمذي (١٣٧٠) ، وأخرجه ابن حبان (٥٠٥٦) .

(٥) نهاية المطلب (١٨/ ٤٦٤) .

وَإِلاَّ . . فَالأَوْلَى : تَرْكُهُ . قُلْتُ : وَيُكْرَهُ عَلَى الصَّحِيحِ ، وَاللهُ أَعْلَمُ .

وَالاعْتِبَارُ فِي التَّعَيُّنِ وَعَدَمِهِ بِالنَّاحِيَةِ .

في الثانية . . فلأنه تحصل كفايته بسبب هو طاعة ؛ لما في العدل من جزيل الثواب ، وعزاه الرافعي لمعظم الأصحاب[١] .

ومقتضاه : أن رزقه من بيت المال ، وهو كذلك .

قوله : (**وإلا**) أي : وإن لم يكن خاملاً ولا محتاجاً (. . **فالأولى تركه ، قلت : ويكره على الصحيح ، والله أعلم**) لقوله صلى الله عليه وسلم : « **مَنْ وُلِّيَ الْقَضَاءَ . . فَقَدْ ذُبِحَ بِغَيْرِ سِكِّينٍ** » . رواه الأربعة وحسنه الترمذي[٢] .

تنبيه : سكت المصنف عما إذا كان دونه ، قال في « الروضة » : فإن لم نجوِّز تولية المفضول . . فقد تعين عليه ، وإن جوزناها . . استحب له القبول ، وفي الوجوب الوجهان ، ويستحب له الطلب إذا وثق بنفسه[٣] .

ثم الحاصل من كلامه : تقسيم الطلب لثلاثة : **واجب** على من يتعين عليه ، **ومستحب** للخامل والفقير ، **ومكروه** لغيرهما ، وبقي الحرام ، قال الماوردي : كما إذا قصد انتقاماً من أعداء أو اكتساباً بارتشاء ، وجعل من المكروه : طلبه للمباهاة أو الاستعلاء[٤] ، ونازعه بعض المتأخرين ، وقال : إنه حرام ، والأحاديث دالة عليه ، ولا خلاف فيه .

قوله : (**والاعتبار في التعين وعدمه بالناحية**) أي : الشاغرة عن قاض

---

(١) الشرح الكبير (١٢/ ٤١٣) .

(٢) سنن أبي داود (٣٥٧١) ، سنن الترمذي (١٣٧٤) ، السنن الكبرى للنسائي (٦١٠٤) ، سنن ابن ماجه (٢٣٠٨) عن أبي هريرة رضي الله عنه .

(٣) روضة الطالبين (٨/ ٨١) .

(٤) الحاوي الكبير (٢٠/ ٤٧) .

وَشَرْطُ الْقَاضِي : مُسْلِمٌ ، مُكَلَّفٌ ، حُرٌّ ، ذَكَرٌ ، عَدْلٌ ، سَمِيعٌ ، بَصِيرٌ ، نَاطِقٌ ، كَافٍ ، مُجْتَهِدٌ ، . . . .

لا من هو في غيرها .

وحيث وجب القبول.. فالمراد في بلده وناحيته ، ولا يجب على الغريب ، كذا قاله القاضي حسين والطبري والإمام وغيرهم .

وحكى الرافعي فيه : الاتفاق[١] .

قال في « المهمات » : لم يتفقوا عليه ، ففيه خلاف حكاه في « الكفاية » عن ابن الصباغ وغيره[٢] .

وقال البلقيني : ليس مصرحاً به في كتاب من كتب الأصحاب ، وقد بعث النبي صلى الله عليه وسلم علياً إلى اليمن وأبا موسى ومعاذاً[٣] . انتهى

وقال الزركشي : قد صرح الروياني وغيره بوجوب البعث[٤] ، ولا خلاف فيه .

وعبارة « المحرر » و« الشرحين » : (البلد والناحية)[٥] ، فاقتصار المصنف عليها ليس بكاف .

قوله : (وشرط القاضي : مسلم مكلف ، حر ذكر ، عدل سميع ، بصير ناطق ، كاف مجتهد) خرج بالمسلم : الكافر ولو على كافر ؛ لأن القصد به

---

(١) الشرح الكبير (١٢/ ٤١٤) .

(٢) المهمات (٩/ ٢١٣) ، كفاية النبيه (١٨/ ٥٠) .

(٣) أما الأول.. فأخرجه الحاكم (٤/ ٩٣) ، وأبو داود (٣٥٨٢) ، والترمذي (١٣٨٠) ، وابن ماجه (٢٣١٠) عن علي رضي الله عنه ، وأما الثاني.. فأخرجه البخاري (٤٣٤١ـ ٤٣٤٢) عن أبي بردة رضي الله عنه .

(٤) بحر المذهب (١١/ ٥٢) .

(٥) الشرح الكبير (١٢/ ٤١٤) ، المحرر (٣/ ١٦٢٧) .

. . . .

فصل الأحكام ، والكافر جاهل بها أو متهم على الدين .

وبالمكلف : الصبي والمجنون ، فإنه لا ينفذ قولهما عليهما فعلى غيرهما أولى ، وسواء مطبق الجنون ومتقطعه .

نعم ؛ إن قصرت مدته ؛ كساعة وكان يعود إلى الاستقامة . . فوجهان في « الحاوي » مع قطعه بالانعزال بجريان الجنون من غير تفصيل(١) .

وبالحر : الرقيق ولو مبعضاً ؛ لأنه يقتضي منع ولايته على نفسه فعلى غيره أولى بالقياس على الشهادة وأولى .

وبالذكر : المرأة ؛ لقوله تعالى : ﴿ ٱلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ﴾ [النساء : ٣٤] وقوله عليه السلام : « **لَنْ يُفْلِحَ قَوْمٌ وَلَّوْا أَمْرَهُمْ امْرَأَةً** »(٢) .

ولاحتياج القاضي لمخالطة الرجال ، وهي مأمورة بالتخدر .

والخنثى كالمرأة ، قاله الماوردي(٣) وغيره . ولو وُلّي في حال الجهل به فحكم ثم بان رجلاً . . لم ينفذ حكمه على المذهب ، **وقيل** : وجهان ، قاله في « البحر »(٤) .

وبالعدل : الفاسق ؛ لأن الله تعالى شرط العدالة في أصل الحكومات فقال : ﴿ يَحْكُمُ بِهِۦ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [المائدة : ٩٥] ولأنه يمنع النظر في مال الولد مع وفور الشفقة فالعام أولى .

وبالسميع : **الأصم** ، **والمراد به** : من لا يسمع أصلاً ؛ لأنه لا يفرق بين

---

(١) الحاوي الكبير (٢٠/١٦٦) .

(٢) أخرجه البخاري (٤٤٢٥) عن أبي بكرة رضي الله عنه .

(٣) الحاوي الكبير (٢٠/١٦٧) .

(٤) بحر المذهب (١١/١٥٧) .

. . . .

إقرار وإنكار ، فإن سمع بالصياح . . جاز **على الأصح** .

وبالبصير : الأعمى ؛ لأنه لا يعرف الأصوات فلا يدري لمن يحكم ، **وقيل** : يصح ، حكاه في « البحر »[١] وغيره .

وفي معناه : من يرى الأشباح[٢] ولا يعرف الصور .

نعم ؛ لو كان إذا قرب رآها . . صح ؛ كثقيل السمع .

ولو كان أعشى يبصر نهاراً لا ليلاً . . جاز ، قاله الماوردي[٣] .

ويستثنى : ما إذا نزل من في القلعة على حكم أعمى ، وما إذا سمع البينة قبل العمى .

ويجوز أن يكون القاضي أعور ، ذكره في « البحر » بخلاف الإمام[٤] .

وبالناطق : الأخرس ؛ لعجزه عن فصل الأحكام وإلزام الحقوق ، سواء أفهمت إشارته ، أم لا ، وفيما إذا أفهمت **وجه ضعيف** .

وبالكفاية : المغفل الذي اختلَّ رأيه بكبر أو مرض ونحوهما ، كذا قاله الرافعي[٥] .

قال الزركشي : ويشبه أن يكون المراد به ما قاله الماوردي : أنه لا يكتفى فيه بالعقل الذي هو مناط التكليف حتى يكون صحيح التمييز جيد الفطنة بعيداً من السهو والغفلة يتوصل بذكائه إلى وضوح ما أشكل وفصل ما أعضل[٦] . انتهى

---

(١) بحر المذهب (١١/ ١٥٦) .

(٢) **الشَّبَحُ** : الشخص . مختار الصحاح (ص : ٢٣١) .

(٣) الحاوي الكبير (٢٠/ ١٦٦) .

(٤) بحر المذهب (١١/ ١٥٩ـ ١٦١) .

(٥) الشرح الكبير (١٢/ ٤١٨) .

(٦) الحاوي الكبير (٢٠/ ١٦٥ـ ١٦٦) .

. . . .

وقد قال صلى الله عليه وسلم لأبي ذر : « **إِنِّي أَرَاكَ ضَعِيفاً لاَ تَوَلَّيَنَّ عَلَى اثْنَيْنِ** »[(١)] .

وبالمجتهد : المقلد وهو : من حفظ مذهب صاحبه لكنه غير عارف بغوامضه وقاصر عن تقرير أدلته ، وإذا لم يصلح هذا للقضاء . . فالجاهل أولى .

وقد أطبقوا على هذا الشرط ، قال الخوارزمي : والأظهر : خلافه ، وإنما الشرط كونه عالماً بما يقع كثيراً من الوقائع التي يقع بسببها النزاع .

وقال الزركشي متعقباً شرط الإسلام : يدخل في العدالة .

قال : **ومفهومه** : أنه لا فرق في امتناع الفاسق بين المتأول وغيره ، وهو ما صححه الماوردي[(٢)] .

ومقتضاه : الحصر فيما ذكره ، وأنه لا يشترط غيره ، فمنه الكتابة **والأصح** فيها : عدم الاشتراط ؛ فإنه صلى الله عليه وسلم كان أمياً لا يقرأ ولا يكتب ، وصحح الجرجاني وابن أبي عصرون : الاشتراط[(٣)] ، وقال المحاملي في « المقنع » : إنه المذهب ، **وهو المختار في هذا الزمان** .

وفي معرفة الحساب الفقهي وجهان في « الروضة » بلا ترجيح بالنسبة إلى المفتي[(٤)] ، وصحح ابن الصلاح : اشتراطه ، وتبعه في « مقدمة شرح المهذب »[(٥)] ، وهما جاريان في القاضي .

---

(١) أخرجه مسلم (١٨٢٦) ولكن بلفظ : « **لاَ تَأَمَّرَنَّ عَلَى اثْنَيْنِ** » .
(٢) الحاوي الكبير (٢٠/١٦٩) .
(٣) التحرير (٢/٣٥٧) .
(٤) روضة الطالبين (٨/ ٩٥) .
(٥) المجموع (١/ ٧٢) .

وَهُوَ : أَنْ يَعْرِفَ مِنَ الْقُرْآنِ وَالسُّنَّةِ مَا يَتَعَلَّقُ بِالأَحْكَامِ ، وَخَاصَّهُ وَعَامَّهُ ، وَمُجْمَلَهُ وَمُبَيَّنَهُ ، وَنَاسِخَهُ وَمَنْسُوخَهُ ، وَمُتَوَاتِرَ السُّنَّةِ وَغَيْرَهُ ، وَالْمُتَّصِلَ وَالْمُرْسَلَ ، وَحَالَ الرُّوَاةِ قُوَّةً وَضَعْفاً ، وَلِسَانَ الْعَرَبِ لُغَةً وَنَحْواً ، وَأَقْوَالَ الْعُلَمَاءِ مِنَ الصَّحَابَةِ فَمَنْ بَعْدَهُمْ إِجْمَاعاً وَاخْتِلاَفاً ، وَالْقِيَاسَ بِأَنْوَاعِهِ ، . .

وكذلك حكاهما صاحب « البحر » فيه ، وقال : **المذهب** : أنه لا يشترط[1] ، قال في « المطلب » : **وهو الصواب** .

قوله : (وهو : أن يعرف) أي : المجتهد (من القرآن والسنة ما يتعلق بالأحكام ، وخاصه وعامه ، ومجمله ومبينه ، وناسخه ومنسوخه ، ومتواتر السنة وغيره ، والمتصل والمرسل ، وحال الرواة قوة وضعفاً ، ولسان العرب لغة ونحواً ، وأقوال العلماء من الصحابة فمن بعدهم إجماعاً واختلافاً ، والقياس بأنواعه) أي : لأن هذه الأمور آلات الاجتهاد .

وذكر الماوردي والبندنيجي وغيرهما : أن آيات الأحكام خمس مئة آية[2] .

قال الزركشي : **وفيه نظر** ؛ لأن الأحكام كما تستنبط من الأوامر والنواهي . . تستنبط من القصص والمواعظ .

وأما السنة . . فلا يحتاج فيها لتتبع الأحاديث على تفرقها وانتشارها ، قاله الغزالي ، لكنه قال : يكفيه أن يكون له أصل مصحح يجمع أحاديث الأحكام ؛ كـ« سنن أبي داود »[3] ، وسبقه إلى ذلك البندنيجي .

---

(١) بحر المذهب (١١/ ١٦٠) .

(٢) الحاوي الكبير (٢٠/ ٨٤) .

(٣) المستصفى (٢/ ٣٨٤) .

. . . .

واعترض المصنف على التمثيل بـ « سنن أبي داود » فإنه لم يستوعب الصحيح من الأحكام[1] .

وأشار بقوله : (**وخاصه**) وما بعده إلى ما تعرض للأحكام من القرآن والسنة .

وأفرد الضمير ؛ مراعاة للفظ (ما) .

ولا بد من معرفة ذلك ؛ لأنه يتمكن من الترجيح عند تعارض الأدلة .

واشتراط معرفة الرواة . . هو فيمن لم يجمع على قبوله ، أمّا ما أجمع السلف على قبوله أو اشتهرت عدالة رواته . . فلا حاجة للبحث عنهم .

وأما اشتراط معرفة لسان العرب . . فلأن القرآن عربي .

وقوله : (**لغة ونحواً**) نصب على التمييز ، وهو يشير إلى اشتراط ما يتعلق بمفرداتها وهو اللغة ، وتراكيبها وهو النحو .

وأما معرفة الإجماع ، وأقاويل الناس من الصحابة فمن بعدهم . . فيكفي فيه أن يعرف في المسألة التي يفتي فيها أو يحكم : أن قوله لا يخالف الإجماع .

وقوله : (**والقياس بأنواعه**) أي : جليه وخفيه وصحيحه وفاسده .

وأفهم : أنه لا يشترط معرفة أصول الاعتقاد ، لكن حكى الرافعي عن الأصحاب : اشتراطه[2] ، وحكاه الغزالي في « المستصفى » عن الأصولين ثم خالفهم وقال : يكفي اعتقاد جازم ، ولا يشترط معرفتها على طريق

---

(١) روضة الطالبين (٨/ ٨٣) .

(٢) الشرح الكبير (١٢/ ٤١٧) .

فَإِنْ تَعَذَّرَ جَمْعُ هَذِهِ الشُّرُوطِ فَوَلَّى سُلْطَانٌ لَهُ شَوْكَةٌ فَاسِقاً أَوْ مُقَلِّداً . . نَفَذَ قَضَاؤُهُ لِلضَّرُورَةِ ، . . . .

المتكلمين ، فإنها لم تكن في عرف الصحابة[١] .

ونقل ابن الصباغ عن الأصحاب : أنه لا يشترط في المجتهد التبريز في كل نوع .

قوله : (**فإن تعذر جمع هذه الشروط فولى سلطان له شوكة فاسقاً أو مقلداً . . نفذ قضاؤه للضرورة**) أي : لئلا تتعطل مصالح الناس ، ويؤيده أنا ننفذ قضاء قاضي البغاة لمثل هذه الضرورة ، قاله الغزالي[٢] ، وأنكره ابن أبي الدم وابن شداد وابن الصلاح وغيرهم ، وقالوا : قطع الأصحاب بأن الفاسق لا ينفذ حكمه وإن ولاه الإمام[٣] ، وحكاه القاضي حسين عن نص الشافعي[٤] .

قال الزركشي : لم ينفرد الغزالي بهذا ، بل جزم به الدارمي في « الاستذكار » ، وذكر الخوارزمي في « الكافي » : احتمالين ، وحكى الرافعي عن بعضهم : أن القاضي العادل إذا استقضاه أمير باغ . . أجابه إليه ونفذ قضاؤه[٥] .

وقوله : (**تعذر**) **مقتضاه** : أنه لو ولي حالة اجتماعها . . أنه لا ينفذ ، قاله الزركشي .

ومقتضى التعليل بالضرورة : أنه ينفذ .

---

(١) المستصفى (٢/ ٣٨٥ـ ٣٨٦) .
(٢) الوسيط (٤/ ٢٩٧) .
(٣) كتاب أدب القضاء (١/ ٧٠ـ ٧١) .
(٤) شرح مشكل الوسيط (٤/ ٣٦٤ـ ٣٦٥) .
(٥) الشرح الكبير (١٢/ ٤١٨ـ ٤١٩) .

وَيُنْدَبُ لِلإِمَامِ إِذَا وَلَّى قَاضِياً أَنْ يَأْذَنَ لَهُ فِي الاسْتِخْلاَفِ ، فَإِنْ نَهَاهُ . . لَمْ يَسْتَخْلِفْ ، فَإِنْ أَطْلَقَ . . اسْتَخْلَفَ فِيمَا لاَ يَقْدِرُ عَلَيْهِ لاَ غَيْرِهِ فِي الأَصَحِّ .

قوله : (ويندب للإمام إذا ولى قاضياً أن يأذن له في الاستخلاف) لما فيه من الإعانة على فصل الخصومات ، فإنه قد يحتاج لذلك في حوائج تطرأ ، أو مرض يعرض ، ويتأكد ذلك عند اتساع الخطة .

(فإن نهاه . . لم يستخلف) أي : لأنه لم يرض بنظر غيره ، ولا فرق بين ما يقدر على مباشرته ، أو لا ، جزم به الماوردي[١] وغيره .

وقال الرافعي : **الأقرب** : أحد احتمالين : إما بطلان التولية ، وبه قال ابن القطان ، وإما اقتصاره على ما يقدر عليه[٢] ، قال المصنف : **وهذا أرجحهما**[٣] .

وقال الزركشي : **الأقرب** : صحة التولية وإلغاء الشرط ؛ لمنافاته للولاية المطلقة ، فيستخلف فيما لا يقدر عليه .

(فإن أطلق . . استخلف فيما لا يقدر عليه) لأن قرينة الحال تشعر بالإذن **(لا غيره في الأصح)** أي : كقضاء بلد صغيرة .

وقوله : (في الأصح) راجع للأمرين ، **وكلام « الروضة » يقتضي** : الجزم باستخلافه فيما لا يقدر[٤] ، وقد حكى غيره الخلاف .

ثم قضية كلام الجمهور : تخييره فيما يباشر ويستخلف ، وقال الماوردي : إن كان العمل مصراً كبيراً وسواداً كثيراً . . قضى في المصر

---

(١) الحاوي الكبير (٢٠/ ٣٠٥) .
(٢) الشرح الكبير (١٢/ ٤٣٣) .
(٣) روضة الطالبين (٨/ ١٠٢) .
(٤) روضة الطالبين (٨/ ١٠٢) .

وَشَرْطُ الْمُسْتَخْلَفِ كَالْقَاضِي ، إِلاَّ أَنْ يُسْتَخْلَفَ فِي أَمْرٍ خَاصٍّ ؛ كَسَمَاعِ بَيِّنَةٍ . . فَيَكْفِي عِلْمُهُ بِمَا يَتَعَلَّقُ بِهِ ، وَيَحْكُمُ بِاجْتِهَادِهِ أَوِ اجْتِهَادِ مُقَلَّدِهِ إِنْ كَانَ مُقَلِّداً ، وَلاَ يَجُوزُ أَنْ يَشْرِطَ عَلَيْهِ خِلاَفَهُ .

واستخلف على السواد ؛ لأنه تابع فاختص بالاستنابة ، وإن كانا مصرين متكافئين ؛ كالبصرة والكوفة . . تخير[١] .

والأصح : أنه إنما يستخلف في القدر الزائد على ما يمكنه .

قال الزركشي : والخلاف عند الإطلاق في العجز المقارن ، أما الطارىء ؛ كما لو مرض القاضي أو احتاج أن يغيب عن البلد لشغل . . فيجوز الاستخلاف قطعاً ، قاله في « التهذيب »[٢] .

قوله : (**وشرط المستخلف كالقاضي**) أي : في الشروط السابقة (**إلا أن يستخلف في أمر خاص ؛ كسماع بينة . . فيكفي علمه بما يتعلق به**) أي : من شرائط البينة ولا يشترط فيه رتبة الاجتهاد .

قوله : (**ويحكم باجتهاده أو اجتهاد مقلده**) أي : بفتح اللام (**إن كان مقلداً ، ولا يجوز أن يشرط عليه خلافه**) لقوله تعالى : ﴿ فَٱحْكُم بَيْنَ ٱلنَّاسِ بِٱلْحَقِّ ﴾ [ص : ٢٦] **والحق** : ما دل عليه الدليل عند المجتهد ، فلا يجوز أن يحكم بغيره ، والمقلِّد ملحق بمقلَّده ؛ فلذلك أجرى عليه حكمه .

وهذا حيث جاز تولية المقلد للضرورة ، **والمراد بعدم الجواز هنا** : البطلان .

وحاصل ما حكاه الرافعي عند شرط المخالفة ثلاثة أوجه ؛ **أحدها** : صحة التقليد والشرط ، **والثاني** : بطلانهما ، وعزاه للأكثرين ، **والثالث** : صحة

---

(١) الحاوي الكبير (٢٠/ ٣٠٥) .
(٢) التهذيب (٨/ ١٩٥) .

وَلَوْ حَكَّمَ خَصْمَانِ رَجُلاً فِي غَيْرِ حَدٍّ للهِ تَعَالَى . . جَازَ مُطْلَقاً بِشَرْطِ أَهْلِيَّةِ الْقَضَاءِ ، وَفِي قَوْلٍ : لاَ يَجُوزُ ، وَقِيلَ : بِشَرْطِ عَدَمِ قَاضٍ فِي الْبَلَدِ ، وَقِيلَ : يَخْتَصُّ بِمَالٍ دُونَ قِصَاصٍ وَنِكَاحٍ وَنَحْوِهِمَا ، . . . .

التولية وإلغاء الشرط ، وبه قال القاضي حسين[١] ، وهو قوي جزم به القفال في « فتاويه » وصاحب « الإشراف » .

نعم ؛ لو أبرزه مبرز الأمر أو النهي كقوله : وليتك القضاء واحكم بمذهب فلان ، أو : لا تحكم بمذهب فلان . . فإنه يصح ويلغو الأمر والنهي ؛ كما نقله الرافعي عن الماوردي[٢] ، قاله الزركشي .

قوله : (**ولو حكم خصمان رجلاً في غير حد لله تعالى . . جاز مطلقاً بشرط أهلية القضاء ، وفي قول : لا يجوز ، وقيل : بشرط عدم قاض في البلد ، وقيل : يختص بمال دون قصاص ونكاح ونحوهما**) .

الأصل في التحكيم : تحاكم عمر وأبي بن كعب إلى زيد بن ثابت ، وتحاكم عثمان وطلحة إلى جبير بن مطعم ؛ كما رواه البيهقي[٣] .

قال الماوردي : ولم يخالفهم أحد فكان إجماعاً ، **وهذا أقوى القولين عند المعظم** .

واحترز بقوله : (**في غير حد لله تعالى**) : عن حدوده تعالى فلا يحكم فيها ؛ إذ ليس لها طالب معين .

وبقوله : (**بشرط أهلية القضاء**) : عما إذا كان غير أهل فلا ينعقد قضاؤه قطعاً .

---

(١) الشرح الكبير (١٢/ ٤٣٤) .
(٢) الشرح الكبير (١٢/ ٤٣٤) .
(٣) السنن الكبير (٢٠٥٤٢) ، (١٠٥٢٢) .

. . . .

وأراد بقوله : (مطلقاً) أي : في الأقوال وغيرها ، سواء أكان في البلد قاض أم لا ، وصحح الإمام والغزالي : الثاني ؛ لما فيه من الافتيات على الإمام[١] .

ثم في محل القولين طرق ، **فقيل** : إذا لم يكن في البلد قاض ، فإن كان . . لم يجز ؛ إذ لا ضرورة .

وقيل : محلهما في المال ، فأما القصاص والنكاح واللعان وحد القذف . . فلا يجوز التحكيم فيها قطعاً ؛ لخطر أمرها فتناط بنظر القاضي احتياطاً .

والمراد بالتحاكم في النكاح : التحاكم في إثباته وإثبات حكمه ، أما إذا حضرت إليه امرأة لا ولي لها وخاطب ورضيا بأن يعقد لهما . . . **فقيل** : على الخلاف ، وإن الجواز **أصح** عند الروياني وغيره ، قاله الرافعي[٢] ، وقال في « زوائده » في (كتاب النكاح) : **إنه المختار** ، وأنه يجوز التحكيم فيه وإن لم يكن مجتهداً ، ونقله عن ظاهر النص[٣] ، فيستثنى من أهلية القضاء ؛ لأن المراد الأهلية المطلقة لا بالنسبة إلى تلك الواقعة .

ونقل في « الذخائر » : الاتفاق عليه من المجوزين للتحكيم .

وعبارة « المحرر » : (يشترط فيه صفات القاضي)[٤] .

قال الزركشي : ينبغي أن يزيد **شرطاً آخر** وهو : أن ينتظم أمر الإمام وقضاته ، فإن لم ينتظم . . جاز قطعاً ، ولم يذكروه .

---

(١) نهاية المطلب (١٨/ ٥٨٢) ، الوسيط (٤/ ٢٩٨) .
(٢) الشرح الكبير (١٢/ ٤٣٨) .
(٣) روضة الطالبين (٥/ ٣٩٨ـ ٣٩٩) .
(٤) المحرر (٣/ ١٦٣٠) .

وَلاَ يَنْفُذُ حُكْمُهُ إِلاَّ عَلَى رَاضٍ بِهِ ، فَلاَ يَكْفِي رِضَا قَاتِلٍ فِي ضَرْبِ دِيَةٍ عَلَى عَاقِلَتِهِ ، وَلَوْ رَجَعَ أَحَدُهُمَا قَبْلَ الْحُكْمِ . . امْتَنَعَ الْحُكْمُ ، وَلاَ يُشْتَرَطُ الرِّضَا بَعْدَ الْحُكْمِ فِي الأَظْهَرِ .

وقوله : (**حد لله**) كذا في أصل المصنف ، وفي بعض النسخ بالقاف ، **وهي أحسن** ؛ لأن التعزير يلتحق بالحق في ذلك ، قاله الزركشي .

قوله : (**ولا ينفذ حكمه إلا على راض به**) لأنه المثبت للولاية فلا بد من تقدمه (**فلا يكفي رضا قاتل في ضرب دية على عاقلته**) أي : لأنهم لا يؤاخذون بإقرار الجاني فكيف يؤاخذون بحكم المحكم ؟! **وقيل** : يكفي رضاه والعاقلة تبع .

وخص السرخسي الخلاف بقولنا : تجب الدية على الجاني ثم تحملها العاقلة ، فإن قلنا : تجب عليهم ابتداء . . لم يضرب عليهم إلا برضاهم قطعاً .

وقال أيضاً : إنما يشترط رضا المتحاكمين إذا لم يكن أحدهما القاضي نفسه ، فإن كان . . فالمذهب : أنه لا يشترط رضا الآخر ؛ لأن المحكم نائبه ، وهذا حيث له أن يستنيب .

قوله : (**ولو رجع**[1] **أحدهما قبل الحكم . . امتنع الحكم**) تعبيره شامل لما إذا رجع قبل الخوض في الحكم فيمتنع قطعاً ؛ لأنه عزل ، ويقوم مقام الرجوع قوله : عزلتك ، ولما إذا رجع بعد شروعه فيه وقبل فراغه ، وفيه وجهان عن الإصطخري ، قال الرافعي : **والظاهر** : الامتناع أيضاً ؛ كما قبل الشروع[2] .

قوله : (**ولا يشترط الرضا بعد الحكم في الأظهر**) أي : إذا رجع بعد

---

(١) وفي « المنهاج » المطبوع : (وإن رجع) .

(٢) الشرح الكبير (١٢/ ٤٣٨) .

وَلَوْ نَصَبَ قَاضِيَيْنِ بِبَلَدٍ وَخَصَّ كُلاًّ بِمَكَانٍ أَوْ زَمَنٍ أَوْ نَوْعٍ . . جَازَ ، . . .

الحكم عليه . . فهل يقبل ؟ ينبني على أنه هل يلزمهما حكمه بنفس الحكم أو يقف على رضاهما ؟ وفيه قولان ، **أظهرهما** : الأول ، ويكتفي بالرضا السابق ؛ لأن من جاز حكمه . . لزم ؛ كالمولي من جهة الإمام ، **فعلى هذا** : لا عبرة بالرجوع **والثاني** : يشترط رضاهما بعد الحكم ؛ إلحاقاً للانتهاء بالابتداء .

قوله : (**ولو نصب قاضيين ببلد وخص كلاً بمكان أو زمن أو نوع . . جاز**) لأنه صلى الله عليه وسلم بعث أبا موسى ومعاذ بن جبل إلى اليمن وبعث كل واحدٍ منهما على مِخْلاف واليمن مِخْلافان ثم قال : « **يَسِّرَا وَلاَ تُعَسِّرَا ، وَبَشِّرَا وَلاَ تُنَفِّرَا . . .** » . الحديث أخرجه البخاري ومسلم وأبو داود والنسائي مقطعاً[1] .

ولأنهما إذا اختلفا . . قطع الإمام اختلافهما .

وكان ينبغي أن يقول : (قاضيين فصاعداً) لئلا يتوهم الحصر ؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم أردف معاذاً وأبا موسى بعلي بن أبي طالب رضي الله عنهم[2] .

وقال الزركشي : أطلقوا الجواز ، وموضعه عند إمكان الاكتفاء بواحدٍ ، أما إذا اتسعت الخطة بحيث يعجز الواحد عنها . . فيجب .

---

(١) صحيح البخاري (٤٣٤١ـ ٤٣٤٢) ، صحيح مسلم (٧١/١٧٣٣) ، سنن أبي داود (٤٣٥٤) ، سنن النسائي (٥٥٩٦) عن أبي موسى الأشعري رضي الله عنه المِخْلاف في اليمن كالرُّستاق في العراق . النهاية في غريب الحديث والأثر (ص : ٢٨٢) .

(٢) أخرجه أبو داود (٣٥٨٢) ، والترمذي (١٣٨٠) ، وابن ماجه (٢٣١٠) . عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه .

وَكَذَا إِنْ لَمْ يَخُصَّ فِي الأَصَحِّ ، إِلاَّ أَنْ يَشْرِطَ اجْتِمَاعَهُمَا عَلَى الْحُكْمِ .

نعم ؛ لا يتعين ذلك ، بل يجوز تفويض القضاء إلى واحد ، والإذن له في الاستخلاف .

قوله : (**وكذا إن لم يخص في الأصح**) لأنها استنابة كالوكالة .

ويشمل كلامه صورتين :

أن ينص على التعميم ، ويثبت لكل منهما الاستقلال في جميع البلد ، **والأصح** فيها : الصحة ، وفي « البحر » : أن الشافعي نص عليه وأشار إلى القطع به[١] .

والثانية : أن يطلق ولا يشترط اجتماعاً ولا استقلالاً ، فقال صاحب « التقريب » : يحمل على الاستقلال ؛ تنزيلاً للمطلق على ما يجوز ، وقال غيره : التولية باطلة ، كذا قاله الرافعي[٢] ، وقال المصنف : الأول **أصح** ، وبه قطع في « المحرر »[٣] .

قال الزركشي : ليس في « المحرر » إلا هذا الإطلاق الذي في « المنهاج » ولم يقطع به ، بل صرح بالخلاف[٤] .

قوله : (**إلا أن يشرط اجتماعهما على الحكم**) أي : فلا يجوز ؛ لأن الخلاف في مواقع الاجتهاد مما يكثر فتبقى الخصومات غير مفصولة ، وادعى

---

(١) بحر المذهب (١٤/ ٢١) .
(٢) الشرح الكبير (١٢/ ٤٣٥ـ٤٣٦) .
(٣) روضة الطالبين (٨/ ١٠٥) ، المحرر (٣/ ١٦٣١) وعبارته : (وإن لم يجر تخصيص . . فكذلك في أصح الوجهين) .
(٤) قال ابن الملقن في « عمدة المحتاج » (١٥/ ٩٥) : (قلت : ليس في « المحرر » القطع بذلك ، وإنما هو داخل في إطلاق قوله : وإن لم يجر تخصيص . . فكذلك في الأصح) .

فصل

جُنَّ قَاضٍ ، أَوْ أُغْمِيَ عَلَيْهِ ، أَوْ عَمِيَ ، أَوْ ذَهَبَتْ أَهْلِيَّةُ اجْتِهَادِهِ وَضَبْطِهِ بِغَفْلَةٍ أَوْ نِسْيَانٍ . . لَمْ يَنْفُذْ حُكْمُهُ ، . . . .

ابن الرفعة فيه الاتفاق[١] ، لكن في « زوائد العمراني » عن القاضي أبي حامد : الجواز ؛ لأنهما كقاض واحدٍ[٢] ، وحكى الوجهين الجرجاني في « التحرير »[٣] ، وصاحب « الاستقصاء » .

وموضع الاستثناء : ما إذا عمم ولايتهما ؛ كما يقتضيه كلام المصنف ، فأما لو فوض إليهما معاً الحكم في قضية واحدة . . فلا شك في الجواز ، قال ابن سراقة في « الأعداد » : ثم إن اتفقا على حكم . . فذاك ، وإن اختلفا . . لم يحكما فيها بشيء ؛ إذ لا يجوز الحكم في الشيء الواحد بحكمين مختلفين ، ولا يقلد لآخر بل يرفعها لمن ولاهما ، أو يوليا رجلاً يحكم فيها باجتهاده إن فوض ذلك إليهما ، قاله الزركشي .

(فصل)

[فيما يقتضي انعزال القاضي أو عزله وما يذكر معه]

(جن قاض ، أو أغمي عليه ، أو عمي ، أو ذهبت أهلية اجتهاده وضبطه بغفلة أو نسيان . . لم ينفذ حكمه) أي : لمنافاتها مقصود الولاية ؛ من حفظ الحقوق ، وإلحاقاً للطارىء بالمقارن .

أما في الجنون . . فعلى المشهور .

---

(١) كفاية النبيه (١٨/ ٥١) .

(٢) راجع « البيان » (١٣/ ٢٥) ، فيه حكاية وجهين في المسألة بدون ترجيح لأحدهما .

(٣) التحرير (٢/ ٣٥٧) .

. . . .

وقيل : لا يبطل به وإن بطلت به الوكالة ؛ لأنه أقوى منها ، حكاه في « البحر » ، وقال : ليس بشيء[١] .

قال الزركشي : وإطلاقهم يقتضي : أنه لا فرق بين المطبق والمتقطع ، لكن قال الرافعي في (باب البغاة) عن الماوردي : إن الإمام لو كان يجن ويفيق وزمن الإفاقة أكثر وتمكن فيه قيامه بالأمور أنه لا يعزل[٢] ، وقياسه في القاضي كذلك ، بل أولى .

وأما في الإغماء . . فجزم به الرافعي[٣] ، واستبعده الروياني في « البحر » واختار : أنه لا يؤثر ؛ لأنه مرض لا يمنع معه التولية[٤] .

قال الزركشي : **وهذا هو المختار** ، وبه جزم الماوردي أيضاً[٥] ولم يذكر صاحب « الاستقصاء » غيره .

وفي العمى **وجه شاذ** اختاره ابن أبي عصرون : أنه لا يضر ، وهل هو سالب أو مانع ؟ وجهان يترتب عليهما عود الولاية من غير تجديد إذا زال ، وفيه وجهان ؛ **أصحهما** : المنع . **وفي معنى العمى** : الخرس والصمم .

وقوله : (**ذهبت**) **يقتضي** : توقف الانعزال على ذهاب الجميع ، وليس كذلك ، بل ينعزل باختلال ذلك أو بعضه .

---

(١) بحر المذهب (١١/ ١٥٨) .

(٢) الشرح الكبير (١١/ ٧٧) .

(٣) الشرح الكبير (١٢/ ٤٤٠ـ٤٤١) .

(٤) بحر المذهب (١١/ ١٥٨) وعبارته : (لأنه مرض لا تمنع معه النبوة) وعبارة « تحفة المحتاج » (١٠/ ٢٣١) : (لأنه مرض لا تقدح في النبوة أيضاً) . ولكن في « التحفة » من اختيار الأذرعي لا من « البحر » .

(٥) الحاوي الكبير (٢٠/ ١٦٦) .

وَكَذَا لَوْ فُسِّقَ فِي الأَصَحِّ ، فَإِنْ زَالَتْ هَذِهِ الأَحْوَالُ . . لَمْ تَعُدْ وِلاَيَتُهُ فِي الأَصَحِّ .

وعبارة « المحرر » : (أو خرج عن أهلية الاجتهاد والضبط)[١] ، **وهي أحسن** .

وقوله : (**لم ينفذ حكمه**) مخالف لكلام الأصحاب ، فإنهم صرحوا بالانعزال بهذه الأمور ، قاله الزركشي ، وقال في « التحرير » : هو مراده ؛ لقوله بعده : (فإن زالت هذه الأحوال . . لم تعد ولايته **في الأصح**)[٢] .

قوله : (وكذا لو فسق في **الأصح**) لوجود المنافي .

والثاني : ينفذ ؛ كالإمام .

والوجهان إذا قلنا : لا ينعزل الإمام بالفسق ، أما إذا قلنا : ينعزل به . . لم ينفذ قضاء الفاسق قطعاً .

وهذا في الفسق بارتكاب المحظورات ، فإن كان من جهة الاعتقاد . . بني على توليته القضاء ، وحكى في « البحر » عن « الحاوي » : أن **الصحيح** : أنه لا يبطل ، **والصحيح** : أنه يمنع في الابتداء ؛ لأنه لا يقلد إلا بتعديل كامل ، ولا ينعزل إلا بجرح كامل[٣] .

قوله : (**فإن زالت هذه الأحوال . . لم تعد ولايته في الأصح**) أي : كالوكالة ، ولأن الشيء إذا بطل . . لم ينقلب إلى الصحة بنفسه ولو زال المانع ؛ كالبيع ونحوه .

والثاني : تعود ؛ لأن الولاية الأولى اقتضت دوام الولاية ، فإذا زال

---

(١) المحرر (٣/ ١٦٣٢) .

(٢) تحرير الفتاوي (٣/ ٥٥١) .

(٣) بحر المذهب (١١/ ١٥٩) ، الحاوي الكبير (٢٠/ ١٦٩) .

وَلِلإِمَامِ عَزْلُ قَاضٍ ظَهَرَ مِنْهُ خَلَلٌ ، . . . .

المانع . . وجب العود بمقتضى السبب الأول .

ويجري الخلاف في الوصي وقيم الحاكم ، بخلاف الأب والجد ؛ لقوة ولايتهما .

ولو كان الناظر مشروطاً بالتعيين في أصل الوقف فزالت أهليته ثم عادت . . ففي « فتاوى المصنف » : الجزم بولايته[١] .

قال الزركشي : وهو كما قال ، ولا ينبغي مجيء خلاف فيه ؛ لقوته .

قوله : (**وللإمام عزل قاض ظهر منه خلل**) لأن النبي صلى الله عليه وسلم عزل إماماً يصلي بقوم بصق في القبلة وقال : « **لاَ يُصَلِّي بِهِمْ بَعْدَهَا أَبَداً** » . رواه أبو داود[٢] .

وإذا ثبت هذا في إمامة الصلاة . . فالقضاء أولى .

قال الزركشي : لم يظهر مرادهم من هذه الصورة ، **والتحقيق** : أنه إن ظهر منه خلل يمنع من التولية ابتداء والتقرير دواماً . . وجب صرفه ، وإن ارتاب في أمره وظن ذلك بقرائن ـ فهي الصورة ـ فله عزله ؛ احتياطاً ونظراً للمسلمين .

لكن جزم ابن عبد السلام في « أماليه » بوجوب العزل ؛ دفعاً للمفسدة ، ولقوله صلى الله عليه وسلم : « **مَنْ وَلِيَ مِنْ أُمُورِ الْمُسْلِمِينَ شَيْئاً ثُمَّ لَمْ يَجْهَدْ لَهُمْ وَلَمْ يَنْصَحْ . . فَالْجَنَّةُ عَلَيْهِ حَرَامٌ** »[٣] .

---

(١) فتاوى النووي (ص : ١٨٨) .

(٢) سنن أبي داود (٤٨١) عن أبي سهلة السائب بن خلاد رضي الله عنه .

(٣) أخرجه مسلم بلفظ : « **مَا مِنْ أَمِيرٍ يَلِي أَمْرَ الْمُسْلِمِينَ ، ثُمَّ لاَ يَجْهَدُ لَهُمْ وَيَنْصَحُ . . إِلاَّ لَمْ يَدْخُلْ مَعَهُمُ الْجَنَّةَ** » عن مَعْقل بن يسار رضي الله عنه ، وبنحوه البخاري (٧١٥٠) عنه أيضاً .

أَوْ لَمْ يَظْهَرْ وَهُنَاكَ أَفْضَلُ مِنْهُ أَوْ مِثْلُهُ وَفِي عَزْلِهِ بِهِ مَصْلَحَةٌ ؛ كَتَسْكِينِ فِتْنَةٍ ، وَإِلاَّ . . فَلاَ ، لَكِنْ يَنْفُذُ الْعَزْلُ فِي الأَصَحِّ ، . . . .

قوله : (**أو لم يظهر وهناك أفضل منه**) أي : فله عزله ؛ تحصيلاً لتلك المزية للمسلمين ، ولا يجب ذلك (**أو مثله وفي عزله به مصلحة ؛ كتسكين فتنة**) أي : جاز ، وكذا إن كان دونه ؛ لأن عمر عزل سعداً رضي الله عنهما من الكوفة لما شكوه إليه في كل شيء حتى الصلاة ، وقال : (**إني لم أعزله من عجز ولا جناية**) . رواه البخاري[(١)] ، ولم ينكر فكان إجماعاً .

قوله : (**وإلا . . فلا**) أي : وإن لم تكن فيه مصلحة . . لم يجز عزله به (**لكن ينفذ العزل في الأصح**) لأن المنع من النفوذ يجر فساداً في أحكامه .

والثاني ـ وجزم به البندنيجي ـ : المنع ؛ إذ لا حظ للمسلمين .

وقال ابن أبي الدم : قال الأصحاب : إن عزله بأفضل منه . . نفذ ، أو بمثله . . فوجهان ، أو بمن دونه . . لا ينفذ في **ظاهر المذهب**[(٢)] ، وكذا قال القاضي حسين والشيخ إبراهيم المروذي في « تعليقهما » : **إنه المذهب** .

تنبيه : جزم الرافعي والنووي بأن له عزل نفسه كالوكيل ، وأن الماوردي قال في « الإقناع » : لا ينعزل إلا بعلم من قلده[(٣)] .

وقال الشيخ أبو علي في « شرحه الكبير » : إن تعين عليه . . لم ينعزل ، وإلا . . **فالأصح** : الانعزال .

وقال شريح الروياني : إن لم يتعين عليه . . انعزل ، وإن تعين . . لم ينعزل

---

(١) صحيح البخاري (٧٥٥) عن جابر بن سمرة رضي الله عنهما ، وكذلك (٣٧٠٠) عن عمرو بن ميمون رضي الله عنه .

(٢) كتاب أدب القضاء (١/ ٩٤) .

(٣) الشرح الكبير (١٢/ ٤٤٢) ، روضة الطالبين (٨/ ١١٠) ، الإقناع (ص : ١٩٦) .

وَالْمَذْهَبُ : أَنَّهُ لاَ يَنْعَزِلُ قَبْلَ بُلُوغِهِ خَبَرَ عَزْلِهِ .

وَإِذَا كَتَبَ الإِمَامُ إِلَيْهِ : إِذَا قَرَأْتَ كِتَابِي . . فَأَنْتَ مَعْزُولٌ ، فَقَرَأَهُ . . انْعَزَلَ ، وَكَذَا إِنْ قُرِىءَ عَلَيْهِ فِي الأَصَحِّ ، . . . .

في أظهر الوجهين .

وقال الشيخ عز الدين : إذا تعين المتولِّى ولم يوجد من يقوم مقامه . . كانت الولاية لازمة في حقه لا تقبل العزل ولا الانعزال إلا أن يوجد من يقوم مقامه(١) .

قوله : (والمذهب : أنه لا ينعزل قبل بلوغه خبر عزله) أي : قطعاً ، **وقيل** : على قولين كالوكيل ؛ **أظهرهما** : عدم العزل ؛ لعظم الضرر بنقض الأحكام وفساد الأنكحة وإبطال التصرفات العامة بخلاف الوكيل .

وجعل ابن خيران في « اللطيف » : **محل الخلاف** : ما إذا حكم برضا المتحاكمين ، فإن كان بغير رضا المحكوم عليه . . فحكمه باطل قطعاً .

قال الزركشي : **ومقتضى كلام الجمهور** : أنه لا فرق .

نعم ؛ لو رضيا بحكمه . . كان كالتحكيم .

وينبغي إلحاق خبر العزل بخبر التولية ، بل أولى حتى يعتبر شاهدان ، وتكفي الاستفاضة ، ولا يكفي الكتاب المجرد عنهما **في الأصح** فيهما .

قوله : (وإذا كتب الإمام إليه : إذا قرأت كتابي . . فأنت معزول فقرأه . . انعزل) أي : قطعاً ؛ لوجود الشرط ، وكذا لو طالعه وفهم ما فيه ولم يتلفظ .

قوله : (وكذا إن قرئ عليه في الأصح) لأن القصد في العزل الإعلام وهو حاصل بقراءته وقراءة غيره .

---

(١) القواعد الكبرى (٢/ ٢٥٧) .

وَيَنْعَزِلُ بِمَوْتِهِ وَانْعِزَالِهِ مَنْ أُذِنَ لَهُ فِي شُغْلٍ مُعَيَّنٍ ؛ كَبَيْعِ مَالِ مَيْتٍ ، وَالأَصَحُّ : انْعِزَالُ نَائِبِهِ الْمُطْلَقِ إِنْ لَمْ يُؤْذَنْ لَهُ فِي الاسْتِخْلاَفِ ، أَوْ قَالَ : اسْتَخْلِفْ عَنْ نَفْسِكَ ، أَوْ أَطْلَقَ ، فَإِنْ قَالَ : اسْتَخْلِفْ عَنِّي . . فَلاَ .

والثاني : لا ينعزل ؛ كما لو قال لزوجته : إن قرأت كتابي فأنت طالق ، فقرىء عليها . . لا يقع .

وقال الإمام : اتفق الأصحاب على التسوية بين هذا وبين الطلاق في الخلاف والوفاق ، **ومقتضاه** : أن الجمهور على عدم العزل[١] .

وصرح في « الذخائر » بنقله عن الأصحاب ، وحكى العزل عن الصيدلاني خاصة .

قوله : (**وينعزل بموته وانعزاله من أذن له في شغل معين ؛ كبيع مال ميت**) أي : وسماع شهادة وغيره من القضايا الجزئية ، **وقضية التشبيه أولاً بالوكيل** : الانعزال قبل أن يبلغهم الخبر ، لكن ابن سراقة قيده بما إذا علموا موته أو انعزاله .

قوله : (**والأصح : انعزال نائبه المطلق إن لم يؤذن له في الاستخلاف**) لأنه إنما جوز لحاجة المعاونة (**أو قال**[٢] : **استخلف عن نفسك ، أو أطلق**) أي : فينعزل ؛ لأن ولايته قد زالت (**فإن قال : استخلف عني . . فلا**) أي : فلا ينعزل ؛ لأنه مأذون من جهة الإمام فكان الأول سفيراً في التولية .

وهذا إذا لم يعين من يستخلفه ، فإن قال : استخلف فلاناً . . فهو كقوله : استخلف عني . . فلا ينعزل ؛ لأنه قطع نظره بالتعيين وجعله سفيراً ، أشار إليه

---

(١) نهاية المطلب (١٨/ ٥٨٧) .

(٢) وفي « المنهاج » المطبوع : (أو قيل له) .

وَلاَ يَنْعَزِلُ قَاضٍ بِمَوْتِ الإِمَامِ ، وَلاَ نَاظِرُ يَتِيمٍ وَوَقْفٍ بِمَوْتِ قَاضٍ ، . .

الماوردي والروياني[١] ، قاله الزركشي .

واحترز بـ(نائبه) : عما لو نصب الإمام بنفسه نائباً عنه . . فعن السرخسي : أنه لا ينعزل بموت القاضي وانعزاله ؛ لأنه في الحقيقة نائب الإمام .

قال الرافعي : يجوز أن يقال : إذا كان الإذن مقيداً بالنيابة ولم يبق الأصل . . لم يبق النائب[٢] . قال في « التحرير » : ويوافق هذا البحث حكاية الماوردي : وجهين في أنه هل للقاضي عزل هذا الذي استنابه الإمام عن القاضي ؟ فإنه متى كان له عزله . . انعزل بموته[٣] .

قوله : (**ولا ينعزل قاض بموت الإمام**) لأن الإمام يعقده للمسلمين ، فإذا مات . . لم يبطل ما عقده لغيره ؛ كولي المرأة إذا زوجها ثم مات . . لا يبطل النكاح .

قال الصيمري في « الإيضاح » : ويكونوا على ولايتهم حتى يلي إمام آخر فيقرهم أو يصرفهم . وكل من ولاه الإمام أمراً عامّاً ؛ كوكيل بيت المال وناظر الجيوش والحسبة والوقف كذلك ؛ لوجود المعنى فيه ، وهو عموم المصلحة للمسلمين .

قوله : (**ولا ناظر يتيم ووقف بموت قاض**) أي : لئلا تختل المصالح ، وصار سبيلهم سبيل القوام المنصوبين من جهة الواقفين .

وقال الفوراني والماوردي والروياني : **إن المشهور** : القطع به ، وجعلهم

---

(١) الحاوي الكبير (٢٠/ ٣٠٧) .
(٢) الشرح الكبير (١٢/ ٤٤٣) .
(٣) تحرير الفتاوي (٣/ ٥٥٤) .

وَلاَ يُقْبَلُ قَوْلُهُ بَعْدَ انعِزَالِهِ : حَكَمْتُ بِكَذَا ، فَإِنْ شَهِدَ مَعَ آخَرَ بِحُكْمِهِ. . لَمْ يُقْبَلْ عَلَى الصَّحِيحِ ، ....

الإمام والغزالي كالخلفاء[١] ، فتجري فيهم الأوجه .

قال الزركشي : **وهذا هو المتجه** ؛ لأنهما دون نائبه المطلق ، وإذا كان فيه خلاف . . فمن دونه أولى .

قوله : (**ولا يقبل قوله بعد انعزاله : حكمت بكذا**) أي : كنت حكمت ولا بينة ، وفي معناه : ثبت عندي كذا ، وعقدت نكاح فلانة على فلان ، وبعت كذا على محجوري بالحكم ؛ لأن من لا يقدر على الإنشاء . . لا يقدر على الإقرار ، كما لا يقبل قول الوكيل بعد العزل ، بل أولى .

فلو قال : صرفت مال الوقف لجهته العامة ، أو في عمارته التي يقتضيها الحال . . قبل قوله بلا يمين .

قوله : (**فإن شهد مع آخر بحكمه . . لم يقبل على الصحيح**) أي : كشهادته على فعل نفسه .

والثاني : يقبل ؛ كما لو شهدت المرضعة أنها أرضعت ولم تطلب الأجرة .

وفرق الماوردي **على الصحيح** ؛ بأنَّ الرضاع من فعل الولد فجازت شهادتها فيه ، والحكم من فعل نفسه فلم يجز أن يكون شاهداً فيه[٢] .

وقوله : (**مع آخر**) **يوهم** : أنه لو شهد بذلك وحده لا يقبل قطعاً .

قال الزركشي : **ومقتضى كلامهم** : جريان الخلاف في الحالين ، وقد

---

(١) نهاية المطلب (١٨/ ٥٨٧) ، الوسيط (٤/ ٢٩٩) .

(٢) الحاوي الكبير (٢٠/ ٣١٠) .

أَوْ بِحُكْمِ حَاكِمٍ جَائِزِ الْحُكْمِ . . قُبِلَتْ فِي الأَصَحِّ ، وَيُقْبَلُ قَوْلُهُ قَبْلَ عَزْلِهِ : حَكَمْتُ بِكَذَا ، فَإِنْ كَانَ فِي غَيْرِ مَحَلِّ وِلاَيَتِهِ . . فَكَمَعْزُولٍ .

يكون الحق مما يثبته شاهد ويمين ، فلو حذفه . . لكان أحسن .

وخرج (بحكمه) : ما لو شهد أن فلاناً أقر في مجلس حكمه بكذا . . فيقبل ، قطع به الرافعي[١] .

قوله : (أو بحكم حاكم جائز الحكم . . قبلت في الأصح) أي : كما تقبل شهادة المرضعة برضاع محرم ولم يذكر فعلها .

والثاني : المنع ؛ لأنه قد يريد نفسه فوجب البيان ؛ ليزول اللبس .

والوجهان مفرعان على أنه لو قامت بينة على حكم حاكم . . قبلت ، ولا يشترط تعيينه **على المذهب** .

قوله : (ويقبل قوله قبل عزله : حكمت بكذا) أي : وإن لم تكن بينة ؛ لأنه أهل للإنشاء في الحال ، وسواء بين مستنده بالإقرار أو بالبينة أو أطلق ؛ لأنه لا يحكم إلا من الوجه الذي يسوغ الحكم عنه .

قوله : (فإن كان في غير محل ولايته . . فكمعزول) لأنه ليس له الإنشاء هناك .

ومقتضاه : أنه لا تقبل شهادته بحكمه وتقبل إذا قال : حكم به حاكم ، ويجيء الخلاف فيه وإن لم يصرحوا به .

نعم ؛ هذا أولى بالقبول من ذلك ، وسواء كان الخصمان من أهل عمله أو لا ، في محل ولاية المستنيب أو لا ، قطع به الأصحاب .

والمراد بـ(محل ولايته) : بلد قضائه ، وظن بعضهم : أنه لا ينفذ حكمه

---

(١) الشرح الكبير (١٢/ ٤٤٥) .

وَلَوِ ادَّعَى شَخْصٌ عَلَى مَعْزُولٍ أَنَّهُ أَخَذَ مَالَهُ بِرَشْوَةٍ أَوْ شَهَادَةِ عَبْدَيْنِ مَثَلاً . . أُحْضِرَ وَفُصِلَتْ خُصُومَتُهُمَا ، وَإِنْ قَالَ : حَكَمَ بِعَبْدَيْنِ ، وَلَمْ يَذْكُرْ مَالاً . . أُحْضِرَ ، . . . .

في غير محله المعد للحكم وهو خطأ ، نبه عليه ابن الصلاح والمصنف في « الطبقات » .

قوله : (**ولو ادعى شخص على معزول أنه أخذ ماله برشوة أو شهادة عبدين مثلاً . . أحضر وفصلت خصومتهما**) **أما في الرشوة** . . فلأنه يتعذر إتيانه دون إحضاره فوجب ؛ قياساً على ما لو ادعى عليه غصباً ، **وأما في الثانية** . . فلأنه في الحقيقة غصب ، فهو آكد من دعوى الرشوة ، جزم به الرافعي في الصورتين[١] .

وحكى الإمام في الثانية عن العراقيين : وجهين في قبول هذه الدعوى ، وفي « التقريب » **وجه** : أنها لا تسمع حتى يقول : أخذ مني المال ظلماً[٢] .

وإنما يجب إحضاره إذا ذكر شيئاً يقتضي المطالبة شرعاً ؛ كما مثله المصنف ، فلو طلب إحضاره في مجلس الحكم ولم يعين شيئاً . . لم يُجَبْ إليه ؛ إذ قد لا يكون له حق وإنما قصده ابتذاله بالخصومة ، صرح به العراقيون وغيرهم ، **وهو مقتضى كلام الرافعي**[٣] .

ولا يتعين الحضور ، بل يكفي التوكيل .

والرشوة : مثلثة الراء .

قوله : (**وإن قال : حكم بعبدين، ولم يذكر مالاً . . أحضر**) أي : إذا قال :

---

(١) الشرح الكبير (١٢/ ٤٤٦ـ ٤٤٧) .

(٢) نهاية المطلب (١٨/ ٥٨٩) .

(٣) الشرح الكبير (١٢/ ٤٤٦ـ ٤٤٧) .

وَقِيلَ : لاَ حَتَّى تَقُومَ بَيِّنَةٌ بِدَعْوَاهُ ، فَإِنْ حَضَرَ وَأَنْكَرَ . صُدِّقَ بِلاَ يَمِينٍ فِي الأَصَحِّ . . . .

حكم علي بشهادة عبدين ، أو فاسقين وهو يعلم ذلك وأنه لا يجوز وأنا أطالبه بالغرم . . **فالأصح** عند الروياني وغيره : أنه يحضره[١] ؛ كما لو قال : غصب مني .

قوله : (**وقيل : لا حتى تقوم بينة بدعواه**) أي : لا يحضره إلا ببينة تقوم على ما يدعيه أو على إقرار المعزول بما يدعيه ؛ لأنه كان أمين الشرع والظاهر من أحكام القضاة نفوذها على الصحة ، فلا يعدل عن الظاهر إلا ببينة ؛ صيانةً لولاة المسلمين عن البذلة ، **ومقتضى كلام « المحرر » و« الشرح الصغير »** : ترجيحه[٢] .

ومقتضى كلام « المحرر » و« المنهاج » : في حكايته سماع البينة في حال غيبته[٣] ، لكن قال الرافعي والنووي : إذا قلنا به . . فليس على معنى أن البينة تقام في غيبته ويكتفى بها ، ولكن الغرض أن يكون إحضاره عن تَثَبُّتٍ ، فيحضر المدعي الشهود ويسألهم القاضي هل للدعوى صحة وحقيقة ؟ فإن أجابوا بذلك . . أحضر المعزول ، وادعى المدعي ، وشهد الشهود في وجهه على المعهود[٤] .

قوله : (**فإن حضر وأنكر . . صدق بلا يمين في الأصح**) لأنه كان أمين الشرع فيصان منصبه عن التحليف والابتذال بالمنازعات الباطلة .

---

(١) بحر المذهب (١١/ ١٧١) .
(٢) المحرر (٣/ ١٦٣٤) .
(٣) المحرر (٣/ ١٦٣٤) .
(٤) الشرح الكبير (١٢/ ٤٤٧) ، روضة الطالبين (٨/ ١١٣) .

قُلْتُ : الأَصَحُّ بِيَمِينٍ ، وَاللهُ أَعْلَمُ .

وَلَوِ ادُّعِيَ عَلَى قَاضٍ جَوْرٌ فِي حُكْمِهِ . . لَمْ تُسْمَعْ ، وَتُشْتَرَطُ بَيِّنَةٌ ، . . .

قال الزركشي : **وهو الصواب** ، فقد نص عليه الشافعي كما نقله شريح الروياني .

(**قلت : الأصح بيمين ، والله أعلم**) لعموم قوله صلى الله عليه وسلم : « **وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ** »[١] .

وتابع المصنف فيه العراقيين والروياني ثم خالفهم في الباب الثالث من الدعاوي فقال : (**الأصح : تصديقه بلا يمين**)[٢] **وعلى هذا** : فعموم الحديث مخصوص بالمعنى كما خصصت الملامسة في الآية بالمحارم ، فإن اليمين إنما توجهت على المنكر ؛ لاتهامه بدفع الضرر عن نفسه ، وهو منتف في القاضي ؛ لأنه أمين الشرع لا يتطرق إليه تهمة .

نعم ؛ هذا فيمن عزل تعدياً مع بقاء أهليته ، فأما من ظهر فسقه وجوره وعلمت خيانته . . **فالظاهر** : أنه يحلف قطعاً ، قاله الزركشي .

قوله : (ولو ادعي على قاض جور في حكمه . . لم تسمع وتشترط بينة) ما مر في الدعوى على المعزول ، أما المتولي إذا ادعي عليه جور ؛ فإن تعلق بحكم وأراد المدعي تغريمه . . لم يمكن ولم يحلف القاضي ولا يغني إلا البينة ، وكذا لو ادعى على الشاهد أنه شهد بالزور ؛ لأنهما أمينان شرعاً .

ولو فتح باب تحليفهما . . لانسد الأمر ورغب القضاة عن القضاء والشهود

---

(١) أخرجه الدارقطني (ص : ٦٨٧) عن أبي هريرة رضي الله عنه ، والبيهقي في « الكبير » (٢١٢٤٣) عن ابن عباس رضي الله عنهما ، وبلفظ آخر أخرجه البخاري (٤٥٥٢) ، ومسلم (١٧١١) عن ابن عباس رضي الله عنهما .

(٢) روضة الطالبين (٨/ ٣١٧) .

وَإِنْ لَمْ تَتَعَلَّقْ بِحُكْمِهِ . . حَكَمَ بَيْنَهُمَا خَلِيفَتُهُ أَوْ غَيْرُهُ .

فصل

لِيَكْتُبِ الإِمَامُ لِمَنْ يُوَلِّيهِ ، . . . .

عن الشهادات .

وعن الشيخ أبي حامد : **أن قياس المذهب** : التحليف في جميع ذلك ؛ كسائر الأمناء إذا ادعيت عليهم الخيانة ، وكذا قاله الرافعي(١) .

قال السبكي : **الفرق بينه وبينهم** : أنه أمين الشرع بخلافهم .

وقال الزركشي : وما قاله الشيخ أبو حامد هو الوجه في هذا الزمان .

قوله : (**وإن لم تتعلق**) أي : دعوى الجور (**بحكمه**) أي : بل بخاصة نفسه (. . **حكم بينهما خليفته أو غيره**) أي : كالآحاد .

وقيل : إذا قلنا : أن خليفته ينعزل بموته . . لم يحكم له ، قاله الغزالي وحكاه الماوردي من غير بناء ، وطرده الرافعي في أبعاضه ثم قال : سماع الدعوى عليه معزولاً أو غير معزول بأنه حكم . . ليس على قواعد الدعاوي الملتزمة ، وإنما القصد فيها التدريج إلى إلزام الخصم ، فإن كانت له بينة فليقمها في وجه الخصم ، وما ينبغي أن تسمع على القاضي بينة ولا أن يطالب بيمين(٢) .

(فصل)

[في آداب القضاء وغيرها]

(**ليكتب الإمام لمن يوليه**) أي : ما فوضه إليه ، فإن النبي صلى الله عليه

---

(١) الشرح الكبير (١٢/ ٤٤٩) .

(٢) الشرح الكبير (١٢/ ٤٩٣) وتمام العبارة عند الإمام الرافعي : (كما إذا ادعى على إنسان أنك شاهدي ، والله أعلم) .

وَيُشْهِدُ بِالْكِتَابِ شَاهِدَيْنِ يَخْرُجَانِ مَعَهُ إِلَى الْبَلَدِ يُخْبِرَانِ بِالْحَالِ ، وَتَكْفِي الاسْتِفَاضَةُ فِي الأَصَحِّ ، . . . .

وسلم كتب لعمرو بن حزم لما بعثه إلى اليمن . رواه الأربعة[١] .

وتعبير المصنف بلام الأمر يقتضي : وجوبه ، وليس كذلك ، بل هو مستحب ؛ ولهذا لم يكتب صلى الله عليه وسلم لمعاذ واقتصر على وصيته[٢] .

فيستحب أن يوصيه بتقوى الله تعالى والعمل بما في العهد والتثبت في القضاء ومشاورة العلماء .

وفي معنى الإمام : القاضي الكبير إذا استخلف في أعماله البعيدة .

قوله : (**ويشهد بالكتاب شاهدين يخرجان معه إلى البلد يخبران بالحال**) أي : بمشاهدة التولية حتى يلزم أهلَه قضاؤُه ؛ إذ لا يمكن قبول مجرد دعواه .

قال الأصحاب : وليس هذا على قواعد الشهادات ؛ إذ ليس هناك قاض يؤدي الشهادة عنده ، قاله الرافعي[٣] .

ثم إن كان البلد يعتاد فيه نصب أتباع المذاهب الأربعة . . اعتبرت حقيقة الشهادة ، **وهو المتجه** ، قاله الزركشي .

ولو أشهد ولم يكتب . . كفى ، فإن الاعتماد على الشهود .

قوله : (**وتكفي الاستفاضة في الأصح**) أي : إذا لم يشهد ولا كتب ؛ إذ

---

(١) قوله : (رواه الأربعة) كذا في (أ) و(ب) ، وعبارة غيره من الشراح : (رواه أصحاب السنن) ، والحديث أخرجه ابن حبان (٦٥٥٩) ، والحاكم (١/ ٣٩٥) ، والنسائي (٤٨٥٣) ، والبيهقي في « الكبير » (٧٣٣٦) وغيرهم ، راجع « التلخيص الحبير » (٤/ ٥٦ـ٥٧) .

(٢) أخرجه البخاري (٤٣٤١ـ ٤٣٤٢) ، ومسلم (١٧٣٣/ ٧١) .

(٣) الشرح الكبير (١٢/ ٤٥٠) .

لاَ مُجَرَّدُ كِتَابٍ عَلَى الْمَذْهَبِ .

وَيَبْحَثُ الْقَاضِي عَنْ حَالِ عُلَمَاءِ الْبَلَدِ وَعُدُولِهِ ، وَيَدْخُلُ يَوْمَ الإِثْنَيْنِ ، وَيَنْزِلُ وَسَطَ الْبَلَدِ ، وَيَنْظُرُ أَوَّلاً فِي أَهْلِ الْحَبْسِ ، . . . .

لم ينقل الإشهاد عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا عن الخلفاء .

والثاني : المنع ؛ لأن العقود لا تثبت بالاستفاضة .

قوله : (**لا مجرد كتاب على المذهب**) أي : بغير استفاضة ولا إشهاد ؛ لإمكان التحريف ، حكاه الرافعي عن مفهوم كلام الأصحاب[(١)] .

وقيل : وجهان ، **ووجه القبول** : عدم الجرأة في مثل ذلك على الإمام ، وصححه في « الإشراف » ، والجاجرمي في « الإيضاح » .

قوله : (**ويبحث القاضي عن حال علماء البلد وعدوله**) لأنه لا بد له منهم ، فاستحب تقدم العلم بهم قبل خروجه ، وإلا . . ففي الطريق ، أو حين يدخل .

قوله : (**ويدخل يوم الإثنين**) أي : صبيحته ؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم نزل في بني عمرو بن عوف يوم الإثنين . رواه البخاري[(٢)] .

قوله : (**وينزل وسط البلد**) أي : ليتساوى الناس كلهم في القرب منه .

و(وسط) بفتح السين على المشهور .

قوله : (**وينظر أولاً في أهل الحبس**) لأن الحبس عذاب وإدامة الحبس من غير بينة لا سبيل إليه ، فيأمر من ينادي يوماً فأكثر على حسب الحاجة : أن القاضي ينظر في المحبوسين يوم كذا ، فمن له محبوس . . فليحضر .

---

(١) الشرح الكبير (١٢/ ٤٥٠) .

(٢) صحيح البخاري (٣٩٠٦) عن عائشة رضي الله عنها .

فَمَنْ قَالَ : حُبِسْتُ بِحَقٍّ . . أَدَامَهُ ، أَوْ ظُلْماً . . فَعَلَى خَصْمِهِ حُجَّةٌ ، فَإِنْ كَانَ غَائِباً . . كَتَبَ إِلَيْهِ لِيَحْضُرَ ، . . . .

ويبعث إلى الحبس أميناً ليكتب اسم كل محبوسٍ ، وما حبس به ، ومن حبس له في رفعه .

وذكر القاضي أبو الطيب : أنه يبعث أمينين ، **وهو أحوط** .

فإذا اجتمع الناس في ذلك اليوم . . أخذ واحدة واحدة ، فما وقع في يده منها . . نظر فيه .

وحكى ابن الرفعة عن الإمام : أن هذا التقديم واجب[١] ، والذي في الرافعي : أنه سنة[٢] .

قوله : (**فمن قال : حبست بحق . . أدامه**) أي : أمضى الحكم عليه ؛ كما عبر به في « المحرر »[٣] ، فإن كان حداً . . استوفاه وأطلقه ، أو مالاً . . أمر بأدائه ، فإن لم يؤد ولم يثبت إعساره . . رد إلى الحبس ، وإن أدى أو ثبت إعساره . . نُودِيَ عليه لاحتمال خصم آخر ، فإن لم يحضر أحد . . خلي .

قوله : (**أو ظلماً . . فعلى خصمه حجة**) أي : فإن كان الخصم معه . . فعلى الخصم البينة ويصدق المحبوس بيمينه (**فإن كان غائباً . . كتب إليه ليحضر**) .

قال الزركشي : **المراد بالكتابة إليه** ؛ أي : إلى قاضي بلده ، **هذا هو الظاهر** ، وليس المراد : حضوره عيناً ، بل يكفي وكيله .

وقضية عبارة الكتاب : أنه لا يطلق ، بل يدام حبسه ، والذي في

---

(١) كفاية النبيه (١٨/ ١٤٨) ، نهاية المطلب (١٨/ ٥٧٠) .

(٢) الشرح الكبير (١٢/ ٤٨٤ـ٤٨٥) .

(٣) المحرر (٣/ ١٦٣٧) .

ثُمَّ الأَوْصِيَاءِ ، . . . .

« الروضة » و« أصلها » : **قيل** : يطلق قطعاً ، **والأصح** : أنه على وجهين ، فإن قلنا : لا يطلق . . حبس أو يؤخذ منه كفيل ويكتب إلى خصمه في الحضور ، فإن لم يحضر . . أطلق حينئذ ولا يطالب بكفيل **على الأصح** .

وإن قال : لا خصم لي أصلاً ولا أدري فيما حبست . . نودي عليه لطلب الخصم ؛ فإن لم يحضر أحد . . حلف وأطلق ، قال في « الوسيط » : وفي مدة المناداة لا يحبس ولا يخلى بالكلية ، بل يرتقب(١) .

قوله : (**ثم الأوصياء**) أي : على الأطفال والمجانين والسفهاء ، وتفرقة الصدقات وسائر الجهات العامة ؛ لأنهم يتصرفون في حق من لا يملك المطالبة بماله ، فكان تقديمها أولى .

قال الماوردي : ويبدأ هنا بمن شاء ومن غير قرعة ، بخلاف المحبوسين(٢) .

هذا إذا كانت الأيتام في عمله ، فلو كانوا في غيره والأوصياء والمال في عمله . . فنظره في ذلك ينبني على أنه هل له نظر في ذلك المال الذي في عمله أم لا ؟ **ومقتضى إطلاق المصنف والرافعي هنا** : أن له ذلك ، لكن نقلا في آخر (باب القضاء على الغائب) عن الغزالي : أن الاعتبار بحال الطفل لا المال(٣) ، ومال إليه الإمام(٤) وصححه ابن أبي الدم(٥) .

وعلى هذا : فتصرفه فيه كتصرفه في أموال الغُيَّبِ .

---

(١) الشرح الكبير (١٢/ ٤٥٢ـ٤٥٣) ، روضة الطالبين (٨/ ١١٧) ، الوسيط (٤/ ٣٠١) .
(٢) الحاوي الكبير (٢٠/ ٦٦ـ٦٩) .
(٣) الشرح الكبير (١٢/ ٤٥٤) (١٢/ ٥٣٩) ، روضة الطالبين (٨/ ١١٨) ، (٨/ ١٧٩) .
(٤) نهاية المطلب (١٨/ ٥٣٧ـ٥٣٨) .
(٥) كتاب أدب القضاء (١/ ١٢١) .

فَمَنِ ادَّعَى وِصَايَةً . . سَأَلَ عَنْهَا وَعَنْ حَالِهِ وَتَصَرُّفِهِ ، فَمَنْ وَجَدَهُ فَاسِقاً . . أَخَذَ الْمَالَ مِنْهُ ، أَوْ ضَعِيفاً . . عَضَدَهُ بِمُعِينٍ ، . . . .

قوله : (فمن ادعى وصاية . . سأل عنها وعن حاله وتصرفه ، فمن وجده فاسقاً . . أخذ المال منه ، أو ضعيفاً . . عضده بمعين) يعني : أنه يبحث في الأوصياء عن ثلاثة أمور :

أحدها : ثبوت أصل الوصاية ، إما تنفيذ من قبله ، أو قيام بينة عنده .

وثانيها : معرفة حاله ؛ أي : صفاته من العدالة والكفاية في التصرف ، فإن وجده أهلاً . . اكتفى بإقامة البينة أن القاضي قبله نفذ وصايته ، أو فاسقاً . . أخذ المال منه وأقام غيره .

وقضية إطلاق المصنف والجمهور : أنه سواء كان مع ذلك ثقةً في الأمانة أو خائناً[١] ، وصرح به في « البحر »[٢] ؛ لأن فسقه في الديانة قد يجره إلى الخيانة .

وقال الماوردي : إن كان ثقة في الأمانة فاسقاً في الديانة والتفرقةُ على معين . . جاز تقريره ، بخلاف ما إذا كانت على يتيم أو غير معين[٣] .

أما إذا شك في عدالته . . ففي أخذ المال منه وجهان في « الروضة » و« أصلها » بلا ترجيح[٤] ، وفي « التوشيح » : الأرجح في النظر وهو ما كنت أشاهده من صنيع الشيخ الإمام ـ : الانتزاع ، ورجحه البلقيني ، قال : **ومحل الوجهين** : ما إذا لم تثبت عدالته عند الأول ، فإن ثبتت وأطلق تصرفه . . لم

---

(١) روضة الطالبين (٨/ ١١٨ـ ١١٩) .

(٢) بحر المذهب (١١/ ٨٣ ـ ٨٤) .

(٣) الحاوي الكبير (٢٠/ ٧٠) .

(٤) الشرح الكبير (١٢/ ٤٥٤) ، روضة الطالبين (٨/ ١١٨) .

وَيَتَّخِذُ مُزَكِّياً وَكَاتِباً ، . . . .

يكن للمتولي التعرض إليه مع الشك جزماً[١] .

وإن وجده أميناً ضعيفاً عن القيام بما هو فيه ؛ إما لكثرته أو ضعفه في نفسه . . فعلى القاضي أن يعضده بمن يقوى به ولا يرفع يده .

وأفهم كلامه : أنه إن وجده عدلاً قوياً . . لا يجوز له صرفه ولا إعضاده ، وقطع الماوردي وغيره بمنع الاستبدال[٢] ، قال الزركشي : **والظاهر** : أنه لا إعضاد أيضاً .

وثالثها : الفحص عن تصرفه إن كان المال قد صرف .

قوله : (**ويتخذ مزكياً وكاتباً**) أي : استحباباً ؛ لتوقع الحاجة إليهما ، وقد كان للنبي صلى الله عليه وسلم كتاب : علي وزيد بن ثابت ومعاوية وغيرهم[٣] ، **وهذا هو المشهور** .

وقيل : ليس له تعيين من يكتب الوثائق .

وهذا إذا كان لا يطلب أجرة ، أو له رزق من بيت المال ، فإن لم يكن كذلك . . فلا يعين كاتباً ؛ لئلا يغالي في الأجرة ، كذا قاله الرافعي والبغوي في (باب القسمة)[٤] .

قال الزركشي : **وقضيته** : التحريم ، وبه صرح القاضي حسين .

ولا يشترط العدد في الكاتب بخلاف المزكي ، وإنما أفرده ؛ لأن التعدد فيه

---

(١) راجع تمام كلام البلقيني في « تحرير الفتاوي » (٣/ ٥٦٤) .

(٢) الحاوي الكبير (٢٠/ ٦٩) .

(٣) راجع « البدر المنير » (٧/ ٣٩٦) .

(٤) الشرح الكبير (١٢/ ٤٥٩) ، (١٢/ ٥٤٢) ، التهذيب (٨/ ٢٠٧) .

وَيُشْتَرَطُ كَوْنُهُ مُسْلِماً ، عَدْلاً ، . . . .

يؤخذ من شروط التعديل فيما سيأتي[١] .

قوله : (ويشترط كونه مسلماً) أي : الكاتب فلا يجوز الكافر ؛ لقوله تعالى : ﴿ لَا تَتَّخِذُواْ بِطَانَةً مِّن دُونِكُمْ لَا يَأْلُونَكُمْ خَبَالًا ﴾ [آل عمران : ١١٨] نزلت في قوم مؤمنين كانوا يصافون المنافقين ويوالون بعض اليهود[٢] .

وبطانة الرجل : من يطلعه على أسراره ؛ ثقةً به ؛ أي : لا تتخذوا من ليس على دينكم خليلاً .

وقوله : ﴿ لَا يَأْلُونَكُمْ خَبَالًا ﴾ : صفة للبطانة ، **والمعنى** : لا يقصرون في فساد دينكم ، تقول : ما ألوته خيراً ؛ أي : ما قصرت في فعل ذلك به ، وكذلك ما ألوته شراً .

والخبال : الفساد[٣] .

وجزم في « التنبيه »[٤] والمحاملي في « التجريد » بالجواز ؛ لأن ما يكتبه لا بد أن يقف عليه القاضي ثم يمضيه ، ولا يجيء فيما إذا كان القاضي أمياً وجوزناه ، ونقل ابن القاص : أن الشافعي نص على الأول ، **وهو المشهور** .

قوله : (عدلاً) لأن القاضي قد يغفل عن قراءة ما يكتبه ، فإذا كان عدلاً . . أمن منه الخيانة .

وظاهر كلامهم : أن المراد بالعدل : ضد الفاسق ، وفي العدالة غنية عن شرط الإسلام .

---

(١) أي : في آخر الباب عند قول المتن : (ويبعث به مزكياً . . .) إلخ .

(٢) راجع « تفسير الطبري » (٣/ ١٩٣٤ـ ١٩٣٥) .

(٣) راجع « تفسير ابن كثير » (٢/ ٧٥٩) .

(٤) التنبيه (ص : ١٥٢) .

عَارِفاً بِكِتَابَةِ مَحَاضِرَ وَسِجِلَّاتٍ ، وَيُسْتَحَبُّ فِقْهٌ ، وَوُفُورُ عَقْلٍ ، . . . . . .

قوله : (**عارفاً بكتابة محاضر وسجلات**) لأنه إذا لم يعرف ذلك . . أفسد ما يكتبه بجهله ، وسائر الكتب الحكمية كذلك .

والمحضر هو : الذي يذكر فيه ما اتفق للخصم من غير حكم .

والسجل هو : الذي يذكر فيه الحكم وتنفيذه .

وأهمل وصف الحرية وهو شرط ، وشرط في « الكفاية » : كونه حاسباً ؛ لحاجة المَقاسم[١] .

ولا يخفى أن الذكورة شرط أيضاً ، وكذا كونه متبرعاً أو مرزوقاً من بيت المال .

وقال في « الاستقصاء » : هذا فيما يتعلق بالحكم ، فإن أراد أن يستكتبه في خاصة أمره . . استكتب من شاء .

قوله : (**ويستحب فقه**) أي : يستحب قدر زائد على ما لا بد منه ؛ من أحكام الكتابة والشروط من التوسع في معرفة الشروط ومواقع الألفاظ ، والتحرز من الألفاظ المخلة ، وغير ذلك من صفات الكمال .

قوله : (**ووفور عقل**) أي : شدة الذكاء والفطنة بحيث لا يخدع ولا يدلس عليه .

قال ابن الرفعة : جزم القاضي أبو الطيب والماوردي وغيرهما باشتراط ذلك ؛ لظاهر النص[٢] ، والرافعي وافق الشيخ على استحبابه[٣] .

(١) كفاية النبيه (١٨/ ٩٣ـ ٩٤) .
(٢) كفاية النبيه (١٨/ ٩٣) .
(٣) الشرح الكبير (١٢/ ٤٥٦) .

وَجَوْدَةُ خَطٍّ ، وَمُتَرْجِماً .

وَشَرْطُهُ : عَدَالَةٌ ، وَحُرِّيَّةٌ ، وَعَدَدٌ ، . . . .

قال الزركشي : ويشبه أن **مراد المشترطين** : كونه ضابطاً غير مغفل ، وهذا من شرط قبول الشهادة قطعاً ، **ومراد المستحبين** : القدر الزائد عليه .

قوله : (**وجودة خط**) أي : حسنه ووضوحه مع ضبط الحروف وترتيبها .

قوله : (**ومترجماً**) أي : يفسر للقاضي لغة المتخاصمين ، فإن القاضي قد لا يعرف لسان الخصم والشهود .

ومقتضى التعليل : أنه لو كان القاضي يحسن لغات الخصوم . . لايتخذه .

قوله : (**وشرطه : عدالة ، وحرية ، وعدد**) لأنه ينقل إلى القاضي قولاً لا يعرفه فصارت شهادةً يجري عليها حكم الشهادات .

وقيل : يكفي واحد ، واختاره ابن المنذر .

وأشار الإمام إلى تخصيص الخلاف بما إذا كان بحضرة من يعرف لسانهما ، وإلا . . **فالوجه** : القطع باشتراط العدد[١] .

وفي « تعليق القاضي حسين » : لو علم القاضي لسان أحد الشاهدين دون الآخر . . فلا بد من مترجمين بلا خلاف .

ويشترط أن يتحقق الشاهد معرفة ذلك اللسان ، فلو شك فيه . . لم يقبل ، نص عليه في « الأم »[٢] .

وشرط الماوردي : انتفاء التهمة ، فلا تقبل ترجمة الوالد والولد كما لا تقبل شهادتهما .

---

(١) نهاية المطلب (١٨/ ٤٧٧ـ٤٧٨) .

(٢) الأم (٧/ ٥٠٦) .

وَالأَصَحُّ : جَوَازُ أَعْمَى ، وَاشْتِرَاطُ عَدَدٍ فِي إِسْمَاعِ قَاضٍ بِهِ صَمَمٌ .

قال في « المطلب » : وهو ظاهر إن كانت الترجمة عن القاضي بالحكم[١] لأبيه وابنه .

والمراد بالعدد : أقل الأعداد ، وهو رجلان إذا كانت الترجمة في غير الزنا ، وكذا في الزنا **على الأصح** .

ويشترط لفظ الشهادة في نقلها من الخصوم إلى القاضي ، أما نقلها عن القاضي إلى الخصوم . . فيكفي فيه الواحد حراً كان أو عبداً ، ولا يشترط العدد ؛ لأن المغلب عليه الخبر ، قاله الماوردي[٢] .

قال الزركشي : وفي كلام القاضي ما يوافقه ، **وهو ظاهر** .

قوله : (**والأصح : جواز أعمى**) لأنه يعتمد الصوت لا الرؤية .

والثاني : المنع ؛ كالشاهد .

وقال الإمام في (كتاب الشهادات) : **محلهما** : ما إذا كلف القاضي أهل المجلس السكوت حتى لا يتكلم إلا المتخاصمان ، وإلا . . لم يجز قطعاً[٣] .

قوله : (**واشتراط عدد في إسماع قاض به صمم**) هو معطوف **على الأصح** ، **والمعنى فيه** : أنه كالمترجم ؛ فإنه ينقل عين اللفظ كما أن ذلك ينقل معناه .

وقيل : **لا يشترط** ؛ لأن المسمع لو غير . . أنكر عليه الخصم والحاضرون .

ويستفاد من اشتراط العدد : اشتراط لفظ الشهادة ، **وهو الأصح** .

---

(١) وفي (أ) و(ب) : (كالحكم) والتصحيح من « النجم الوهاج » (١٠/ ١٨٣) .

(٢) الحاوي الكبير (٢٠/ ١٨٤ـ ١٨٥) .

(٣) نهاية المطلب (١٨/ ٦١٧) .

. . . .

ومن قوله : (**في إسماع قاض**) التصوير بالنقل من الخصم إلى القاضي ، فأما إسماع الخصم ما يقوله القاضي وما يقوله الخصم . . . فحكى الرافعي عن القفال الاكتفاء بواحدٍ[(١)] .

ويؤيده : ما سبق في المترجم[(٢)] ، وهو الذي أورده الشيخ أبو محمد في « الفروق » قال : لأنه ليس طريقه طريق الشهادة[(٣)] .

ومن تنكيره (**الصمم**) : أن الصورة فيمن عنده ثقل ويسمع برفع الصوت ، وإلا . . تستحيل المسألة ؛ لامتناع ولايته .

فرع : سكت عن أعوان القاضي ولا بد له منهم ، وشرط الزبيلي فيهم العدالة والصدق .

وقال شريح الروياني : يكون الوكلاء ثقات لا يقبلون الباطل ، ويعرفون طرفاً من الفقه ، ويكون الأعوان ثقات .

قال : واختيار الكاتب الذي يكتب له الحجة ، والوكيل والعون إلى من له الحق ، فإن سأل من الحاكم وكيلاً أو عوناً . . اختار له الأفضل الأورع ، **وقيل** : الأسبق بالحضور ، **وقيل** : يقرع .

وأجرة العون على الطالب إذا لم يمتنع المدعى عليه من الحضور ، فإن امتنع . . فالأجرة عليه ؛ لأنه متعدٍّ بالامتناع من الحضور ؛ كأجرة الحد تجب على المحدود ، قاله الهروي في « الإشراف » ، قال : والقاضي مخير بين أن يبعث العون أو يدفع إليه حقًّا .

---

(١) الشرح الكبير (١٢/٤٥٦ـ٤٥٧) .

(٢) أي : آنفاً قبيل قول المتن : (والأصح : جواز أعمى) .

(٣) كتاب الفروق (٣/ ٦١٤) .

وَيَتَّخِذُ دِرَّةً لِلتَّأْدِيبِ ، وَسِجْناً لأَدَاءِ حَقٍّ وَلِتَعْزِيرٍ ، . . . .

قوله : (**ويتخذ درة للتأديب**) قال ابن المنذر : روينا عن عمر أنه كانت له درة[١] .

سميت بذلك ؛ لأن الضرب بها يصوت ، قال المحب الطبري : وعلى هذا : تطلق على العصا .

وقد يفهم من كلام المصنف : أنه لا يؤدب بالسوط ، ونقله الرافعي عن « تتمة التتمة » في مسيء الأدب بين يدي القاضي ؛ لأن السوط من شأن الحدود ، ورده بقول الشافعي في تأديب شاهد الزور : لا يبلغ أربعين سوطاً[٢] . **وهذا هو الصواب** .

قوله : (**وسجناً لأداء حق ولتعزير**) لأن عمر رضي الله عنه اشترى داراً بمكة بأربعة آلاف درهم وجعلها سجناً . رواه عبد الرزاق في « مصنفه »[٣] ، وروى أبو داود والترمذي والنسائي عن بهز بن حكيم عن أبيه عن جده معاوية بن حَيْدَة : أن النبي صلى الله عليه وسلم حبس رجلاً في تهمة ثم خلى عنه . حسنه الترمذي وصححه الحاكم[٤] .

وقوله : (**حق**) **يشمل** : حقوق الله تعالى والآدميين ، لكن في « أدب القضاء » لشريح : أن الممتنع عن الكفارات لا يحبس **في الأصح** ؛ لأن الكفارة تؤدى بغير المال ، بخلاف الزكوات والديون .

---

(١) أورده البخاري معلقاً قبل حديث (٢٥٦٠) ووصله الحافظ ابن حجر في « فتح الباري » (٥/ ٤٩٦) ، وراجع « التلخيص الحبير » (٤/ ٤٧٣) .

(٢) الشرح الكبير (١٢/ ٤٦٩) ، الأم (٨/ ٢٩١) .

(٣) المصنف (٩٢١٣) .

(٤) سنن أبي داود (٣٦٣٠) ، سنن الترمذي (١٤٧٦) ، سنن النسائي (٤٨٧٥) ، (٤٨٧٦) ، المستدرك (٤/ ١٠٢) .

وَيُسْتَحَبُّ كَوْنُ مَجْلِسِهِ فَسِيحاً ، بَارِزاً ، مَصُوناً مِنْ أَذَى حَرٍّ وَبَرْدٍ ، لاَئِقاً بِالْوَقْتِ وَالْقَضَاءِ ، لاَ مَسْجِداً ، . . . .

وتعليله يقتضي التخصيص بالمخيرة ، قال الزركشي : وينبغي أن يحبس الموسر في المرتبة ؛ كالزكاة .

وتخصيص المصنف الحبس بهذين النوعين يوهم الحصر ، وليس كذلك .

قوله : (**ويستحب كون مجلسه فسيحاً بارزاً مصوناً من أذى حر وبرد ، لائقاً بالوقت والقضاء**) .

الضمير في (مجلسه) راجع للقاضي .

والمراد (**باللائق بالوقت**) : جلوسه في الشتاء في كنٍّ ، وفي الصيف في فضاء ، وهو معلوم من قوله قبله (مصوناً) .

وعبارة « المحرر » سالمة من هذا فإنه قال : (لائق بالوقت لا يتأذى فيه بالحر والبرد)[١] فجعل ذلك نفس اللائق لا صفة أخرى .

و(اللائق بالقضاء) من « زياداته » ، **وكأنَّ المراد به** : ما نقله الرافعي والنووي عن ابن حربويه وغيره : أنه يستحب جلوسه بمرتفع ؛ كدِكَّة ونحوها[٢] .

ويكره اتخاذ الحاجب إذا لم يكن زحمة **في الأصح** ، ولا يكره في أوقات الخلوة **على الصحيح** ، ويشترط كونه عدلاً أميناً عفيفاً ، صرح به الماوردي[٣] وغيره .

قوله : (**لا مسجداً**) أي : لا يتخذه مجلساً للحكم ، ففي

---

(١) المحرر (٣/ ١٦٣٩) .

(٢) الشرح الكبير (١٢/ ٤٦٠) ، روضة الطالبين (٨/ ١٢٢) .

(٣) الحاوي الكبير (٢٠/ ٦٢) .

وَيُكْرَهُ أَنْ يَقْضِيَ فِي حَالِ غَضَبٍ وَجُوعٍ وَشِبَعٍ مُفْرِطَيْنِ ، وَكُلِّ حَالٍ يَسُوءُ خُلُقُهُ ، . . . .

« الصحيحين » : أنه صلى الله عليه وسلم قال حين سمع رجلاً ينشد ضالة : « **إِنَّمَا بُنِيَتِ الْمَسَاجِدُ لِذِكْرِ اللهِ وَالصَّلاَةِ** »(١) .

ولأن مجلس القضاء لا يخلو من اللغط والتخاصم ، وتغشاه الحُيَّض والجنب والصبيان ، سواء صغر المسجد أو كبر .

وعبارة « الروضة » : يستحب ألاَّ يتخذ المسجد مجلساً للقضاء ، فإن اتخذ . . كره **على الأصح** ، وهي كراهة تنزيه ، فإن ارتكبها . . لم يمكن الخصوم من الاجتماع فيه والمشاتمة ونحوها ، بل يقعدون خارجه ، وينصب من يُدخِل خصمين خصمين ، ولو اتفقت قضية أو قضايا وقت حضوره لصلاة أو غيرها . . فلا بأس بفصلها(٢) .

قوله : (ويكره أن يقضي في حال غضب وجوع وشبع مفرطين ، وكل حال يسوء خلقه) أي : فيها ؛ لما في « الصحيحين » عن أبي بكرة رضي الله عنه : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « **لاَ يَقْضِيَنَّ حَكَمٌ بَيْنَ اثْنَيْنِ وَهُوَ غَضْبَانُ** »(٣) .

وقيس عليه ما كان في معناه ؛ كالمرض ومدافعة الأخبثين .

وفي « صحيح أبي عوانة » : « **لاَ يَقْضِيَنَّ الْقَاضِي وَهُوَ غَضْبَانُ مَهْمُومٌ** ،

---

(١) كذا عزاه إلى « الصحيحين » في « النجم الوهاج » (١٠/ ١٩١) ، ولم يعزه في كتب التخريج أحد إلا إلى مسلم ، والحديث في « صحيح مسلم » (٥٦٩) بريدة رضي الله عنه ، ولفظه : (**إِنَّمَا بُنِيَتِ الْمَسَاجِدُ لِمَا بُنِيَتْ لَهُ**) .

(٢) روضة الطالبين (٨/ ١٢٣) .

(٣) صحيح البخاري (٧١٥٨) ، صحيح مسلم (١٧١٧) واللفظ للبخاري رحمه الله تعالى .

وَيُنْدَبُ أَنْ يُشَاوِرَ الْفُقَهَاءَ ، . . . .

وَلاَ مُصَابٌ مُحْزُونٌ ، وَلاَ يَقْضِي وَهُوَ جَائِعٌ »[١] .

والقصد : فراغ النفس للحكم ، ولو حكم في هذه الأحوال.. نفذ حكمه .

وقال الإمام والغزالي والبغوي : الكراهة فيما إذا لم يكن الغضب لله تعالى[٢] ، **وظاهر كلام آخرين** : أنه لا فرق .

قوله : **(ويندب أن يشاور الفقهاء)** لقوله تعالى : ﴿ وَشَاوِرْهُمْ فِي ٱلْأَمْرِ ﴾ [آل عمران : ١٥٩] قال الحسن البصري : كان عليه السلام مستغنياً عنها ولكن أراد أن يصير سنة للحكام[٣] .

وأشار بـ(الفقهاء) إلى من يجوز له الإفتاء ، وهو ما قاله الماوردي[٤] وغيره .

والمشاورة تكون عند اختلاف وجوه النظر وتعارض الآراء ، فأما الحكم المعلوم بنص أو إجماع أو قياس جلي.. فلا مشاورة فيه ، وإذا حضر المتشاورون.. فإنما يذكرون ما عندهم إذا سألهم ولا يبدؤون بالاعتراض والرد على حكمه إلا إذا كان حكماً يجب نقضه .

---

(١) مسند أبي عوانة (٦٣٩٨) وما بعده ، وليس في المطبوعات منه إلا القسم الأول من الحديث ، وبلفظ الشارح هنا لم نعثر عليه إلاّ في كتب الفقه ، والله أعلم ، و« صحيح أبي عوانة » أو « مسنده » هو : مستخرجه على صحيح مسلم .

(٢) نهاية المطلب (١٨/ ٤٦٩) ، التهذيب (٨/ ١٧٣) ، وراجع « الشرح الكبير » (١٢/ ٤٦١ـ ٤٦٢) ، و« الوسيط » (٤/ ٣٠٢) ، و« الوجيز » (ص : ٤٨٢) ، و« الخلاصة » (ص : ٦٧٧) .

(٣) أخرجه البيهقي في « السنن الكبير » (٢٠٣٢٩) .

(٤) الحاوي الكبير (٢٠/ ٧٨) .

وَأَلاَّ يَشْتَرِيَ وَيَبِيعَ بِنَفْسِهِ ، . . . .

وقال القاضي حسين : **محل استحبابها إذا لم يشكل الأمر** ، **فإن أشكل** . . **فهي واجبة** .

قال الزركشي : وهو مقتضى كلام الماوردي في آخر كلامه[١] والزبيلي في « أدب القضاء » .

ومقتضى تعبيره بالجمع : أنه لا يكفي الواحد ، وبه صرح في « البحر »[٢] .

قوله : (وألا يشتري ويبيع بنفسه) لقول شريح : (شرط عَلَيَّ عمر حيث ولاَّني ألاّ أبيع ولا أبتاع)[٣] .

ولأنه قد يحابى . والمحاباة رشوة أو هدية وهي محرمة ، وهو في مجلس الحكم أشد كراهة ؛ كما قاله في « الأم » مع ما يشغله عن الحكم[٤] ، ولو قيل بالتحريم في هذه الحالة . . لم يبعد ، قاله الزركشي ، قال : ومع ذلك فالبيع صحيح .

وفي معنى البيع والشراء : الإجارة والاستئجار والمتاجرة ، بل نص في « الأم » : أنه لا ينظر في نفقة عياله ولا أمر ضَيْعته[٥] ، بل يكله إلى غيره ؛ ليتفرغ .

وإنما اقتصر المصنف على البيع والشراء ؛ لأنه الغالب .

---

(١) الحاوي الكبير (٢٠/ ٧٩ـ ٨٠) .
(٢) بحر المذهب (١١/ ٩٠) .
(٣) قال الحافظ ابن حجر العسقلاني في « التلخيص الحبير » (٤/ ٤٧١) : (لم أجده) وأورده الحافظ ابن الملقن في « عمدة المحتاج » (١٥/ ١٢٨) بصيغة التمريض .
(٤) الأم (٧/ ٤٩٢) .
(٥) الأم (٧/ ٤٩٢) .

وَلاَ يَكُونَ لَهُ وَكِيلٌ مَعْرُوفٌ ، فَإِنْ أَهْدَى إِلَيْهِ مَنْ لَهُ خُصُومَةٌ أَوْ لَمْ يُهْدِ قَبْلَ وِلاَيَتِهِ . . حَرُمَ قَبُولُهَا ، . . . .

وظاهر عطفه على ما سبق : أنه خلاف الأولى ، وصرح في « الروضة » و« أصلها » بالكراهة ؛ تبعاً للأصحاب[١] .

وكان الأولى إعادة حرف النفي ؛ لأن القصد عن كل واحدٍ لا المجموع .

قوله : (**ولا يكون له وكيل معروف**) أي : لئلاّ يحابى ، فإن عرف وكيله . . أبدله بآخر ، فإن لم يجد وكيلاً . . عقد بنفسه ؛ للضرورة ، فإن وقعت خصومة لمعاملة . . استناب من يحكم بينه وبين خصمه ؛ خوفاً من أن يميل إليه .

قوله : (**فإن أهدى إليه من له خصومة**) أي : في الحال (**أو لم يهد قبل ولايته . . حرم قبولها**) أما في الأولى . . فلأنها رشوة والرشوة حرام بالإجماع ، وقد لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم الراشي والمرتشي . صححه الترمذي وغيره[٢] ، زاد الإمام أحمد : (والرائش)[٣] ، يعني : المتوسط بينهما ، ولأنه إن أخذها فحكم بالحق . . فلا يجوز أخذ العوض عنه ، أو بغير الحق . . فالمصيبة أعظم .

ولا فرق بين أن يكون من أحدهما أو منهما ، وأن يهدي قبل الولاية أم لا .

وفي قول : لا تحرم إذا كانت عادته الهدية قبل الولاية .

---

(١) الشرح الكبير (١٢/ ٤٦٥) ، روضة الطالبين (٨/ ١٢٦) .

(٢) سنن الترمذي (١٣٨٥) ، وأخرجه ابن حبان (٥٠٧٦) ، وأحمد (٩١٥٣) عن أبي هريرة رضي الله عنه .

(٣) مسند أحمد (٢٢٨٣٤) عن ثوبان رضي الله عنه ، وفيه بعد الحديث : (يعني : الذي يمشي بينهما) .

. . . .

وعلى الأول : إذا قبلها . . لم يملكها **على الأصح** ، بل يردها على مالكها **على الصحيح** ، فإن لم يعرفه . . جعلها في بيت المال .

قال الماوردي : وسواء قبل الحكم أو بعده إلا أنه إن ردها قبل الحكم . . نفذ حكمه ، أو بعده . . فينفذ إن كان على الباذل ، وإن كان له . . ففي نفوذه إذا وافق الحق وجهان[١] .

والأول : ظاهر ؛ لأنها ليست رشوةً ؛ لأنه لم يحكم إلا بالحق فلم يحصل فسق .

والخلاف فيما إذا حكم له هو السابق في أنه هل ينفذ حكمه إذا فسق ؟ قاله الزركشي .

وأما في الثانية . . فلقوله صلى الله عليه وسلم : « **هَدَايَا الْعُمَّالِ غُلُولٌ** » . رواه أحمد والبيهقي بإسناد حسن[٢] .

وإذا ثبت في العامل . . ففي القاضي أولى ، وسواء أكانت له خصومة أم لا ؛ لأنه في معرض أن يحاكَم أو يحاكِم ، وفي « الوسيط » : أنه جائز[٣] .

ويستثنى من الأولى : ما لو شرط المهدي أن يثيبه . . فإنه يجوز وإن كانت له حكومة ، قاله الدارمي في « الاستذكار » ، قال الزركشي : **وهو ظاهر** ؛ فإن الهبة بشرط الثواب المعلوم بيع **على الصحيح** ، والبيع منه ليس بحرام .

نعم ؛ ينبغي تقييده بما إذا كان بثمن المثل ودفعه إليه جهاراً ، وإلا . . فلا يجوز ؛ لقوة التهمة .

---

(١) الحاوي الكبير (٢٠/ ٢٧٢) .

(٢) مسند أحمد (٢٤٠٨٨) ، السنن الكبير (٢٠٥٠٤) عن أبي حميد الساعدي رضي الله عنه .

(٣) الوسيط (٤/ ٣٠٩) .

. . . .

ويستثنى من **الثانية** صور ؛ منها : ما لو أهدى له في غير عمله . . فلا يحرم **على الصحيح** ، ونقله في « البيان » عن النص ؛ لأنه غير متهم[١] ، لكن يكره ؛ كما حكاه الروياني عن النص[٢] .

قال الماوردي : ولو كانت في عمله من غير أهله ، فإن دخل بها إلى عمله وله محاكمة . . حرم ، وكذا إن أرسلها ، وإن لم تكن له محاكمة . . فوجهان[٣] .

فرع : كما يحرم على القاضي القبول . . يحرم البذل إن كان على الحكم بغير الحق ، أو أن يقف عن الحكم به ، فإن كان على الحكم بالحق . . فلا يحرم البذل وإن حرم القبول ، صرح به الماوردي[٤] والقاضي أبو الطيب وابن الصباغ .

ولو قال للمتحاكمين : لا أقضي بينكما حتى تجعلا لي جعلاً . . فالمحكي عن الشيخ أبي حامد وجرى عليه القاضي أبو الطيب والجرجاني : أنه يحل له ذلك .

قال البلقيني : **وقضية هذا** : أن له تقديم من جعل له الرزق وإن كان مسبوقاً .

واعتبر البندنيجي في جوازه أن يكون مشغولاً في معاشه ، فإن لم يكن ؛ لغناه ولقلة المحاكمات . . فلا يجوز أن يرزق من الخصوم .

---

(١) البيان (١٣/ ٣٣ـ ٣٤) .

(٢) بحر المذهب (١٤/ ٥٩) .

(٣) الحاوي الكبير (٢٠/ ٢٧١) .

(٤) الحاوي الكبير (٢٠/ ٢٦٨) .

وَإِنْ كَانَ يُهْدِي وَلاَ خُصُومَةَ . . جَازَ بِقَدْرِ الْعَادَةِ ، . . . .

وفي « الإحياء » : إذا بذل المال للتقرب والتودد إلى المبذول له ؛ فإن كان لمجرد نفسه . . فهدية ، وإن كان ليتوسل بجاهه إلى أغراضٍ ومقاصد ؛ فإن كان جاهه بالعلم أو النسب . . فهو هدية ، وإن كان بالقضاء والعمل . . فهو رشوة[1] .

ذكره للفرق بينهما لرضا الباذل فيهما .

قوله : (**وإن كان يهدي ولا خصومة . . جاز بقدر العادة**) لأنها ليست بسبب القضاء فانتفت التهمة ، سواء أكان من أهل عمله أم لا .

واحترز بقوله : (**ولا خصومة**) : عما إذا كانت . . فيحرم ؛ كما سبق[2] .

وبقوله : (**بقدر العادة**) : عما إذا كانت عادته إهداء ثياب القطن والكتان ، فأهدى الحرير ونحوه . . فيحرم ؛ لأن الزيادة حدثت بالولاية ، جزم به الماوردي وصاحب « المهذب » و« التهذيب » وغيرهم[3] .

والثاني : الجواز مطلقاً ، ونقله ابن الصباغ والروياني عن « الأم »[4] ، **وهو مقتضى كلام « المحرر »** فإنه أطلق الجواز ولم يقيد[5] .

ولو قال المصنف : (كالعادة) . . كان أشمل ؛ ليعم القدر والجنس ، فإنه كما يمتنع في زيادة القدر . . يمتنع في مخالفة الجنس وإن كان مثله ؛ كما

---

(١) إحياء علوم الدين (٣/ ٥٨٧) .
(٢) أي : آنفاً في قول المتن : (فإن أهدى إليه من له خصومة) .
(٣) الحاوي الكبير (٢٠/ ٢٧١) ، المهذب (٥/ ٤٧٩ـ ٤٨٠) ، التهذيب (٨/ ١٧٤) .
(٤) بحر المذهب (١٤/ ٦٣) .
(٥) المحرر (٣/ ١٦٤١) .

وَالأَوْلَى : أَنْ يُثِيبَ عَلَيْهَا .

وَلاَ يَنْفُذُ حُكْمُهُ لِنَفْسِهِ وَرَقِيقِهِ وَشَرِيكِهِ فِي الْمُشْتَرَكِ ، . . . .

يقتضيه كلام الماوردي وغيره[١] .

قال الزركشي : **مقتضى إطلاقهم** : أنه لو زاد على العادة . . يحرم الجميع ، **والصواب** : ما قاله صاحب « الذخائر » : إن لم تتميز الزيادة . . لم يجز قبول الجميع ، وإن تميزت . . وجب ردها ؛ لأنها حدثت بالولاية ، ولا يجب رد المعتاد .

قال[٢] : وسكتوا عما تثبت به العادة المذكورة ، وكلامهم مُلوّح بثبوتها بمرة[٣] ، وعبارة الرافعي : (لم تعهد منه الهدية)[٤] والعهد صادق بمرة ، بخلاف عبارة الكتاب بـ(كان) لأنها تشعر بالدوام[٥] .

قوله : (**والأولى : أن يثيب عليها**) أي : أو يضعها في بيت المال ، وكان صلى الله عليه وسلم يقبل الهدية ويثيب عليها[٦] . فإن لم يثب عليها أو لم يُرِد صاحبها الثواب . . فقولان ، حكاه الزركشي عن ابن القاص .

قوله : (**ولا ينفذ حكمه لنفسه ورقيقه وشريكه في المشترك**) للتهمة ، وسواء في الرقيق القن والمستولدة والمكاتب .

قيل : وصورة الحكم للرقيق في التعزير وفي القصاص على وجه ، بخلاف المال ؛ إذ لا مسلك له .

---

(١) الحاوي الكبير (٢٠/ ٢٧١) .

(٢) أي : الزركشي .

(٣) **لوّح بالشيء** : أظهره . المعجم الوسيط (ص : ٨٤٥) .

(٤) الشرح الكبير (١٢/ ٤٦٨) .

(٥) وفي (أ) : (تشعر الدوام بـ« كان ») .

(٦) أخرجه البخاري (٢٥٨٥) عن عائشة رضي الله عنها .

وَكَذَا أَصْلُهُ وَفَرْعُهُ عَلَى الصَّحِيحِ ، ....

قال الزركشي : يتصور في المال في المبعض والمأذون والمكاتب .

وأفهم : نفوذ حكمه عليهم ، وكذا على نفسه .

واحترز بقوله : (**في المشترك**) : عن غيره ، فينفذ ؛ لانتفاء التهمة .

قوله : (**وكذا أصله وفرعه على الصحيح**) لأنهم أبعاضه فأشبه قضاءه لنفسه .

وقيل : يحكم لهم بالإقرار دون البينة ؛ لأنه قد يُتَّهم بأن يعدّل فيها من ليس بعدل ، ولا يُتَّهم في الإقرار .

وتعبيره بـ(الصحيح) يقتضي : أن الخلاف وجهان ، وكذا في « المحرر » و« الشرح » ، ثم قال في « الشرح » : إن صاحب « التلخيص » عبَّر عن الخلاف بقولين مخرَّجين ، وليس التخريج في كلامه ، والمنع منصوص « المختصر »[١] .

وخص الإمام الخلاف بما إذا قضى بالبينة ، فأما القضاء بعلمه.. فيمتنع قطعاً ، وتابعه الرافعي[٢] .

وهذا إذا حكم له على أجنبي ، فلو حكم لولد على ولد.. **فالأصح** : كذلك ، واختار في « المرشد » : الجواز ؛ لاستوائهما في القرب فانتفت تهمة الميل .

ويؤيده : أنه يجوز له بيع مال أحدهما للآخر وقبوله إذا كانا في حجره .

وفهم من اقتصاره على الأصل والفرع : جوازه لمن سواهما من الأقارب

---

(١) المحرر (٣/ ١٦٤١) ، الشرح الكبير (١٢/ ٤٧٢) ، مختصر المزني (ص : ٤٠٥) .
(٢) نهاية المطلب (١٨/ ٥٨٩ـ ٥٩٠) ، الشرح الكبير (١٢/ ٤٧٢) .

وَيَحْكُمُ لَهُ وَلِهَؤُلاَءِ الإِمَامُ أَوْ قَاضٍ آخَرُ ، وَكَذَا نَائِبُهُ عَلَى الصَّحِيحِ .

وَإِذَا أَقَرَّ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ أَوْ نَكَلَ ، فَحَلَفَ الْمُدَّعِي وَسَأَلَ الْقَاضِيَ أَنْ يُشْهِدَ عَلَى إِقْرَارِهِ عِنْدَهُ أَوْ يَمِينِهِ أَوِ الْحُكْمَ بِمَا ثَبَتَ وَالإِشْهَادَ بِهِ . . لَزِمَهُ ، . . . . .

والزوجة والعتيق ، واحتجَّ له ابن المنذر ؛ بأن النبي صلى الله عليه وسلم حكم لعائشة على الرامِين لها بالإفك ، وحدَّهم[١] .

وأفهم : جواز الحكم عليهما ؛ كما يقبل في الشهادة عليهما .

فرع : لا يقضي على عدوّه **على الصحيح** ، وبه قطع الجمهور ؛ كالشهادة عليه ، وجوزه الماوردي في كتابه « الأحكام السلطانية » ؛ لأن أسباب الحكم ظاهرة بخلاف الشهادة[٢] .

قوله : (**ويحكم له ولهؤلاء الإمام أو قاض آخر ، وكذا نائبه على الصحيح**) لتنتفي التهمة ، ولأن نائبه حاكم فأشبه سائر الحكام .

وقيل : لا يجوز من نائبه ؛ للتهمة ، ورجحه الشاشي[٣] ، قال الزركشي : **وهو قوي** .

قوله : (**وإذا أقر المدعى عليه أو نكل فحلف المدعي وسأل القاضي أن يشهد على إقراره عنده أو يمينه أو الحكم بما ثبت والإشهاد به . . لزمه**) أي : بلا خلاف ؛ كما أشار إليه البغوي[٤] وغيره ، وسواء قلنا : يقضي بعلمه أم لا ؛ لأنه إن امتنع . . فقد ينكر الخصم ، وإن قلنا : يقضي به . . فقد ينسى

---

(١) الإشراف على مذاهب العلماء (٤/١٩٨) ، وحديث حدّ الرامين أخرجه أبو داود (٤٤٧٤) ، والترمذي (٣٤٥٥) عن عائشة رضي الله عنها .

(٢) الأحكام السلطانية (ص : ١٤٧) .

(٣) حلية العلماء (٣/ ٤١٩) .

(٤) التهذيب (٨/ ١٩٠) .

. . . .

أو يعزل فيضيع الحق .

وروى الدارقطني حديث المرأة التي كانت تسب النبي صلى الله عليه وسلم فقتلها زوجها ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : « **أَلاَ اشْهَدُوا أَنَّ دَمَهَا هَدَرٌ** » . ثم قال : وهو سنة في إشهاد الحاكم على نفسه بإنفاذ الأقضية[١] . انتهى

وما ذكره المصنف ليس خاصاً بإقرار المدعى عليه أو نكوله ؛ كما يوهمه ، بل لو أقام بينة بما ادعاه وسأل القاضي الإشهاد عليه . . لزمه **في الأصح** ؛ لأنه يتضمن تعديل البينة وإثبات حقه ، ولو ذكر هذه . . **لأَفَهم** اللزوم فيما ذكره من طريق أولى .

ومقتضى كلامه : الجزم بلزوم الإشهاد على الحكم ، وحكى شريح الروياني فيه : طريقين ؛ **قيل** : يجب قولاً واحداً ، **وقيل** : هو على الخلاف ؛ كالتسجيل ، قال : وإذا أوجبناه فأشهد فاسقين . . لم يخرج عن الواجب في الأصح .

وقضية كلام المصنف : اللزوم على الفور مطلقاً ، وليس كذلك ، فقد قال الشافعي في « الأم » : إذا كان الأمر بيناً عند الحاكم . . فأحب أن يأمر المتخاصمين بأن يتصالحا ، ويتحلل في تأخير الحكم يوماً أو يومين ؛ فإن لم يتحللا . . لم يجز تأخير الحكم ، وإن كان مشكلاً . . لم يجز أن يحكم حتى يبلغ الغاية في البيان طال أو قصر[٢] .

وقد حكاه شريح الروياني ، قال : **وظاهره** : أنه إذا تبين له الحق لا يجوز تأخير الحكم فيما هو ظاهر إلا برضاهما ، وقد **قيل** : يجوز له تأخير يوم

---

(١) سنن الدارقطني (ص : ١٠٢٦) .
(٢) الأم (٧/ ٥٣٦) .

. . . .

ويومين ، وأكثره ثلاثة ؛ للاحتياط ، فربما يأتي المدعى عليه بدافع .

فروع : صيغة الحكم أن يقول : حكمت له به ، أو نفذت الحكم به ، أو ألزمت خصمه الحق .

وقال شريح : قول الحاكم : حكمت بكذا حكمٌ ، وكذا قضيت في أظهر القولين[١] . انتهى

ولو قال : ثبت عندي كذا بالبينة العادلة ، أو صح . . **فمقتضى تعبير المصنف** : أنه ليس بحكم ، وهو ما صححه الرافعي والنووي في (باب القضاء على الغائب)[٢] ، ونقله في « البحر » عن « الأم » وأكثر الأصحاب ؛ لأن الحكم هو اللازم ، والثبوت ليس بإلزام[٣] .

والفرق بين الحكم بالصحة والحكم بالموجب : أن الحكم بالموجب يستدعي صحة الصيغة وأهلية التصرف ، والحكم بالصحة يستدعي ذلك ، وأن التصرف صادر في محله[٤] .

ولو حلف المدعى عليه ، وسأل القاضي الإشهاد ؛ ليكون حجة له فلا يطالبه مرة أخرى . . لزمته إجابته .

ويجب على الحاكم إذا ترافع إليه المسلمان أن يحكم بينهما ، ولا يجوز له ردهما إلى غيره ، نص عليه ؛ لأن ردهما إلى غيره تأخير للحق .

---

(١) وفي (أ) : (في أظهر الطريقين) .

(٢) روضة الطالبين (٨/ ١٦٨) ، الشرح الكبير (١٢/ ٥٢٢ـ٥٢٣) .

(٣) بحر المذهب (١٤/ ٥) ، الأم (٧/ ٥٢٥) .

(٤) في هذا الفرق كلام طويل للسبكي في « فتاويه » (١/ ٤١٠ـ ٤٢٧) ولابن حجر الهيتمي في « فتاويه الكبرى » (٢/ ١٩٦) ، وراجع « تحفة المحتاج » مع حاشية الكردي (١٠/ ٢٧١ـ ٢٧٢) من طبعتنا طبعة دار باب الأبواب .

أَوْ أَنْ يَكْتُبَ لَهُ مَحْضَراً بِمَا جَرَى مِنْ غَيْرِ حُكْمٍ ، أَوْ سِجِلاًّ بِمَا حَكَمَ . . اسْتُحِبَّ إِجَابَتُهُ ، وَقِيلَ : يَجِبُ ، وَيُسْتَحَبُّ نُسْخَتَانِ : إِحْدَاهُمَا لَهُ ، وَالأُخْرَى فِي دِيوَانِ الْحُكْمِ .

قال الزركشي : وقضيته : أنه لا يجزىء خلاف المفتى إذا رد اتكالاً على غيره مع أن **الأصح** فيه : أن له ذلك ، والفرق ظاهر ، وفي « الروضة » في (باب القضاء على الغائب) : أنه لا يجوز الحكم على المدعى عليه إلا بعد سؤال المدعي **على الأصح**[١] .

قوله : (**أو أن يكتب له محضراً بما جرى من غير حكم ، أو سجلاً بما حكم . . استحب إجابته ، وقيل : يجب**) إنما لم يجب ؛ لأنه لا اعتماد على الخط ، ويستحب ؛ لأنه يذكر .

ووجه الوجوب : الإشهاد حفظاً للحق .

وقيل : إن كان حكماً مشهوراً ظاهراً يؤمن نسيانه . . لم يلزم التسجيل به ، وإن كان لا يؤمن . . لزم ، حكاه شريح الروياني .

ومحل الخلاف : إذا عنده قرطاس من بيت المال ، أو أتى به الطالب ، وإلا . . لم يجب .

ومحله أيضاً : في البالغ العاقل .

أما إذا تعلقت الحكومة بصبي أو مجنون . . فالتسجيل واجب ، قطع به الزبيلي وشريح الروياني في « أدب القضاء » .

قوله : (**ويستحب نسختان : إحداهما له ، والأخرى في ديوان الحكم**)[٢]

---

(١) روضة الطالبين (٨/ ١٦٨) .
(٢) وفي « المنهاج » المطبوع : (والأخرى تحفظ في ديوان الحكم) .

وَإِذَا حَكَمَ بِاجْتِهَادٍ ثُمَّ بَانَ خِلاَفُ نَصِّ كِتَابٍ أَوِ سُنَّةٍ أَوِ إِجْمَاعٍ أَوِ قِيَاسٍ جَلِيٍّ . . نَقَضَهُ هُوَ وَغَيْرُهُ ، . . . .

أي : وإن لم يطلب ذلك الخصم .

بل يستحب للقاضي مهما وقعت قضية أن يكتبها ؛ لأنه كفيل بحفظ الحقوق على أهلها .

والتي يدفعها للخصم تكون غير مختومة لينظر فيها ويعرضها على الشهود ؛ لئلا ينسوا ، والتي بديوان القضاء يختمها ويكتب عليها اسم الخصمين .

وما يجتمع منها يكتب عليها : محاضر كذا في شهر كذا من سنة كذا ، أو يضعها في حرز له ، وإذا احتاج إليها تولى أخذها بنفسه ، ونظر أولاً إلى ختمه وعلاماته .

وهذا من المهمات المتفق عليها ، وهو في زماننا متأكد ؛ لغلبة التزوير .

قوله : (وإذا حكم باجتهاد ثم بان خلاف نص كتاب أو سنة أو إجماع أو قياس جلي . . نقضه هو وغيره) أما النقض بمخالفة الإجماع . . فبالإجماع ، والباقي في معناه ؛ لأنه غير معذور في الخطأ .

وقال الشافعي : القياس الجلي ما كان في معنى الأصل[١] . وقال الرافعي : إنه الذي يعرف به موافقة الفرع الأصل بحيث ينتفي احتمال المفارقة أو يبعد ؛ كالتحاق الضرب بالتأفيف في قوله تعالى : ﴿ فَلَا تَقُل لَّهُمَآ أُفٍّ ﴾ [الإسراء : ٢٣] وما فوق الذرة بالذرة في قوله تعالى : ﴿ فَمَن يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ ﴾ [الزلزلة : ٧] فإن الفروع بهذه الأحكام أولى من الأصول[٢] .

وقال ابن عبدان في « شرائطه » : إنما يقضى بالقياس الجلي لأنه كالنص

---

(١) الأم (٨/ ٢١٠) .

(٢) الشرح الكبير (١٢/ ٤٧٦) .

. . . .

من جهة أنه لا يحتمل إلا معنى واحداً ، وقد أجمع القائسون ونُفاته على القول به ، إلا أن النافين لا يسمونه قياساً بل فحوى .

وقوله : (**نقضه**) أي : يلزمه ذلك وإن لم يرفع إليه ؛ كما صرح به الماوردي والإمام والغزالي وغيرهم[1] ، **والصحيح** : أنه يلزمه إعلام الخصمين وإن علما بالخطأ .

وقوله : (**وغيره**) أي : من الحكام المفتين ، وكل ما ينقض به قضاء نفسه . . ينقض به قضاء غيره ؛ لكنه لا يتتبع أحكام غيره بل إذا رفعت إليه . . نقضها ، هذا إذا كان مثله صالحاً للقضاء ، وإلا . . فينقض أحكامه كلها أصاب فيها أو أخطأ ، قاله الرافعي[2] ، وصرح به في « التنبيه »[3] .

قال الإمام البلقيني : **محله** : ما إذا لم يكن هناك تولية من ذي شوكة بحيث ينفذ الحكم بالجهل ، فإن كان . . لم ينقض ما أصاب فيه ، وله أن يتتبع أحكام نفسه ؛ لينقضها .

وفي معنى قوله : (**باجتهاد**) : ما إذا كان مقلداً وحكم بخلاف نص إمامه مقلداً لوجه ضعيف . . فإنهم جعلوا نص إمامه بالنسبة إليه ؛ كنص الشارع بالنسبة إلى المجتهد .

وشمل إطلاقه : السنة متواترها وآحادها .

تنبيه : قال الشيخ عز الدين : قولهم : (ينقض) فيه تسامح ، **والحقيقة** : أن الحكم لم يصح من أصله ، وقال البلقيني نحوه .

---

(١) الحاوي الكبير (٢٠/ ١٨١) ، نهاية المطلب (١٨/ ٤٧٦) ، الوسيط (٤/ ٣٠٥) .
(٢) الشرح الكبير (١٢/ ٤٨٠) .
(٣) التنبيه (ص : ١٥٤) .

لاَ خَفِيٍّ ، وَالْقَضَاءُ يَنْفُذُ ظَاهِراً لاَ بَاطِناً ، . . . .

وحكى الماوردي في (الشهادات) : أن الحكم إذا وقع بأضعف المذهبين مما ينقضُه عليه غيره من القضاة ، فحكمه باطل في الباطن والظاهر ، وفي افتقار بطلانه إلى حكم الحاكم[١] وجهان[٢] .

وصيغة النقض ؛ كما قاله شريح : نقضته ، أو فسخته ، أو أبطلته .

وإذا قال : هذا ليس بصحيح ، أو باطل . . فوجهان .

قال الزركشي : ولا يتعين إعدامه بل لو خصم في ظاهره بالنقض . . كفى .

قوله : (**لا خفي**) أي : وهو : ما لا يزيل احتمال المفارقة ولا يبعده ، فمنه ما علته مستنبطة ؛ كالأرز على البر بعلية الطعم .

ومنه **قياس الشبه** ، وهو : أن يشبه الحادثة أصلين فيلحق بأشبههما .

فإذا بان له الخطأ بقياس خفي رآه أرجح مما حكم به . . عمل به فيما يستقبل ، ولا ينقض ما حكم به أولاً ؛ لأن الظنون المتعادلة لو نقض بعضها بعضاً . . لما استمر حكم ، ولشق على الناس .

وقد نقل ابن الصباغ وغيره : إجماع الصحابة على أن الحكم في المجتهدات لا ينقض .

قوله : (**والقضاء**) أي : في المجتهدات (**ينفذ ظاهراً لا باطناً**) أي : إن كان الحق في نفس الأمر بخلافه حتى لو استند في حكمه لشهادة الزور لا ينقلب الباطل صحيحاً ، سواء كان الحكم في مال أو نكاح أو غيرهما ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَلَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ وَتُدْلُواْ بِهَآ إِلَى ٱلْحُكَّامِ ﴾ [البقرة : ١٨٨] الآية .

---

(١) وفي (ب) : (الحاكمين) .

(٢) الحاوي الكبير (٢١/ ١٣) .

وَلاَ يَقْضِي بِخِلاَفِ عِلْمِهِ بِالإِجْمَاعِ ، . . . .

وقوله صلى الله عليه وسلم : « **فَمَنْ قَضَيْتُ لَهُ مِنْ حَقِّ أَخِيهِ بِشَيْءٍ . . فَلاَ يَأْخُذْهُ ، فَإِنَّمَا أَقْطَعُ لَهُ قِطْعَةً مِنَ النَّارِ** » . متفق عليه[(١)] .

أما إذا وافق الحق في نفس الأمر . . فينفذ في الظاهر والباطن ، خلافاً لإطلاق الكتاب .

وهذا فيما ليس بإنشاء .

أما الإنشاء ؛ كفسخ النكاح بالعيب وتسليط الشفيع ؛ فإن ترتب على أصل كاذب ؛ كشهادة الزور . . فكالأول ، أو صادق ؛ فإن لم يكن في محل اختلاف المجتهدين . . نفذ باطناً أيضاً ، وإن كان مختلفاً فيه . . نفذ ظاهراً ، وكذا باطناً على ما صححه جماعة منهم البغوي[(٢)] .

وقال في « المهمات » : إنه **الصحيح** ، وذهب الأستاذ أبو إسحاق والغزالي إلى المنع[(٣)] ، **وهو مقتضى إطلاق الكتاب** .

قوله : (**ولا يقضي بخلاف علمه بالإجماع**) أي : لأنه لو حكم به . . لكان قاطعاً ببطلان حكمه ، والحكم بالباطل محرم ؛ كما إذا رأى رجلاً قتل رجلاً ، فادعى الولي على غير القاتل وأقام بينة أو أقر . . فلا يجوز له قتله ؛ لعلمه بكذب البينة والإقرار ، وكذا إذا علم أن المدعي أبرأه عما يدعيه ، أو سمع مدعي الرق قد أعتق ، أو النكاح قد طلق ثلاثاً ، وتحقق كذب الشهود .

وادعى الرافعي نفي الخلاف فيه تبعاً للقاضي[(٤)] ، وليس كذلك ، ففي وجه

---

(١) صحيح البخاري (٢٦٨٠) ، صحيح مسلم (١٧١٣) عن أم سلمة رضي الله عنها .
(٢) التهذيب (٨/ ١٨٢) .
(٣) المهمات (٩/ ٢٥٩ـ ٢٦٠) ، الوسيط (٤/ ٣٠٥) .
(٤) الشرح الكبير (١٢/ ٤٨٨) .

. . . .

حكاه الماوردي : أنه يحكم بالشهادة المخالفة لعلمه[١] .

وكما لا يقضي بخلاف علمه في هذه الصور . . فليس له أن يقضي بعلمه ، صرح به الشاشي في « الحلية » ، **وهو مقتضى كلام الرافعي** حيث أطلق منعه من القضاء .

وقال : **المعنى فيه** : قوة التهمة[٢] .

لكن في « الكفاية » عن الإصطخري : أنه يتعين القضاء بالعلم إذا أقر بالبينونة ثم ادعى الزوجية ، أو ادعى أن فلاناً قتل مورثه وهو يعلم خلافه[٣] .

والمراد بالعلم هنا : اليقين لا الظن المؤكد ، بخلاف ما سيأتي في القضاء بعلمه[٤] ، فإنهم قالوا : إذا ارتاب الحاكم في الشهود ، وبحث عنهم فلم يظهر قادح ولم تزل الريبة والتهمة . . لزمه القضاء .

وقوله : (**بخلاف علمه**) **قد يوهم** : أن من قضى بشهادة شاهدين لا يعلم كذبهما ولا صدقهما . . لا ينفذ قضاؤه مع أن قضاءه نافذ بالاتفاق ، **فكان الصواب أن يقول** : (بما يعلم خلافه) ؛ كما عبر الماوردي[٥] وغيره .

وتعبيره بـ(الإجماع) يقتضي : نفي الخلاف مطلقاً ، والذي في « المحرر » بلا خلاف[٦] .

ويمكن تنزيله على طريقة قاطعة به ، وقد أشار في « الذخائر » إلى

---

(١) الحاوي الكبير (٢٠/ ٣٠١) .
(٢) حلية العلماء (٣/ ٤٢٥) ، الشرح الكبير (١٢/ ٤٨٦ ، ٤٨٨) .
(٣) كفاية النبيه (١٨/ ٢٣٢) .
(٤) أي : آنفاً في شرح قول المتن : (والأظهر : أنه يقضي بعلمه) .
(٥) الحاوي الكبير (١٦/ ٣٢٥) ، دار الكتب العلمية .
(٦) المحرر (٣/ ١٦٤٥) .

وَالأَظْهَرُ : أَنَّهُ يَقْضِي بِعِلْمِهِ . . . .

طريقين ؛ **أصحهما** : القطع بالمنع ، **والثانية** : على وجهين .

نعم ؛ لنا خلاف في أن الأوجه هل يقدح في الإجماع بناء على أن لازم المذهب هل هو مذهب أو لا ؟ فمن قال : إنه ليس بمذهب . . قد يذهب إلى أنه لا يقدح في الإجماع ، وحينئذ فتستقيم دعوى الإجماع مع خلاف الوجوه .

قوله : (**والأظهر : أنه يقضي بعلمه**) لأن علمه أقوى من الشاهدين ، فإن شهادتهما لا تفيده إلا الظن والعلم أقوى ، ولأنه صلى الله عليه وسلم قضى لهند ولولدها على أبي سفيان بنفقتهم ولم يسألها بينة لعلمه بأمرهم(١) .

والثاني : لا ؛ لحديث : « **شَاهِدَاكَ أَوْ يَمِينُهُ ، لَيْسَ لَكَ إِلاَّ ذَاكَ** »(٢) .

ولا فرق في جريان القولين بين ما علمه في حال ولايته أو قبلها ، في محل ولايته أو غيرها ، في مجلس حكمه وغير مجلسه ، نص عليه في « الأم »(٣) ، قاله الزركشي .

وفي « الروضة » تبعاً « لأصلها » : لو أقر بالمدعى في مجلس قضائه . . قضى ، وذلك قضاء بإقرار لا يعلمه(٤) ، وإن أقر عنده سراً . . فعلى القولين ، **وقيل** : يقضي قطعاً .

وحيث قلنا بالجواز . . فهو مكروه ؛ كما أشار إليه في « الأم » .

وخص في « الوسيط » : الخلاف بما ينفرد بعلمه احترازاً عما إذا شهد في الواقعة شاهد واحد فلا يغنيه علمه عن الشاهد الثاني **على الأصح**(٥) .

---

(١) أخرجه البخاري (٥٣٦٤) ، ومسلم (١٧١٤) عن عائشة رضي الله عنها .

(٢) أخرجه مسلم (١٣٩) عن وائل بن حجر رضي الله عنه .

(٣) الأم (٨/ ٢٥٧) .

(٤) روضة الطالبين (٨/ ١٤١) ، الشرح الكبير (١٢/ ٤٨٧) .

(٥) الوسيط (٤/ ٣٠٦) .

. . . .

ومحل الخلاف فيمن يجوز له الحكم بالبينة ، أما أصله وفرعه وشريكه . . فلا يقضي لهم بعلمه بلا خلاف .

وشرط نفوذ القضاء بالعلم كما قاله الماوردي أن يقول للمنكر : قد علمت أن له عليك ما ادعاه وحكمت عليك بعلمي ، فإن أغفل أحدهما . . لم ينفذ[١] .

وشرط الشيخ عز الدين : كون الحاكم ظاهر التقوى والورع[٢] ، قال الزركشي : ولا بد منه .

ومنه يؤخذ : أنا لو نفذنا أحكام القاضي الفاسق ؛ للضرورة . . لا ينفذ قضاؤه بعلمه ، ولا ينبغي أن يجيء فيه خلاف الغزالي في تنفيذ أحكامه ؛ لأنه علل بالضرورة ولا ضرورة في هذه الجزئية مع ظهور فسقه .

وقال[٣] : **ينبغي أن يكون المراد بالعلم** : ما هو الأعم من المستيقن والظن المؤكد ، وآخر كلام الرافعي يقتضي قصره على الثاني[٤] .

قال : لأن الأئمة مثلوا محل القولين بما إذا ادعى عليه مالاً ، وقد رآه القاضي أقرضه ذلك ، أو سمع المدعى عليه يقرّ به ، ومعلوم أن رؤية الإقراض وسماع الإقرار لا يفيد اليقين بثبوت المحكوم به وقت الحكم ؛ لاحتمال البراءة قبله ، فدل على أنه ليس المراد بالعلم اليقين .

وشمل إطلاقه : الجرح والتعديل ، لكن **المشهور فيه** : القطع بالقضاء

---

(١) الحاوي الكبير (٢٠/ ٣٠٠) .
(٢) القواعد الكبرى (٢/ ٧٠) .
(٣) أي : الزركشي .
(٤) الشرح الكبير (١٢/ ٤٨٨) .

إِلاَّ فِي حُدُودِ اللهِ تَعَالَى .

بالعلم ، فإن بيّنة التزكية لا بد من معرفته بعدالتها ، فإن لم يرجع فيها إلى معرفته احتاج إلى من يزكيها ، وقد ذكره في الفصل بعده ، فقال : (وإذا شهد شهود فعرف عدالة أو فسقاً . . عمل به) .

قوله : (**إلا في حدود الله تعالى**) لما في « الصحيحين » في قضية الملاعنة لما جاءت بالولد على الصفة المنعوتة لغير زوجها ، قال النبي صلى الله عليه وسلم : « **لَوْ كُنْتُ رَاجِماً أَحَداً بِغَيْرِ بَيِّنَةٍ . . لَرَجَمْتُهَا** »[١] .

واحترز بـ(حدود الله) : عن حدود الآدميين ، ففيها قولان مرتبان ، وأولى بالجواز ؛ اعتماداً على حصول العلم .

وخالف الرافعي والنووي هذا في (باب الزنا) فقالا فيمن رأى عبده يزني : أنه يحده على الأصح ، وجعلا الوجهين مبنيين على أن القاضي يقضي بعلمه في الحدود أم لا[٢] ، وهذا البناء يقتضي ترجيح المنع ، وبه صرح صاحب « المعتمد » ، بل صرح الماوردي وغيره بالجواز للحاكم ، وفي جوازه للسيد وجهان[٣] .

وتعبيره بـ(حدود الله) دون (حقوق الله) يشعر بأن حق الله المالي يقضي فيه بعلمه ، وبه صرح الدارمي في « الاستذكار » .

وتقديم المصنف : (الأظهر) أولاً يقتضي : قصر الخلاف عليه ، وأن هذا مقطوع به ، وبه صرح في « الروضة » ، والرافعي صرح بطريقة القولين فيهما[٤] .

---

(١) صحيح البخاري (٦٨٥٥) ، وصحيح مسلم (١٤٩٧/١٣) عن عبد الله بن شداد رضي الله عنه .

(٢) الشرح الكبير (١١/ ١٦٦) ، روضة الطالبين (٧/ ٣٢٠) .

(٣) الحاوي الكبير (١٧/ ٦٦) .

(٤) روضة الطالبين (٨/ ١٤١) ، الشرح الكبير (١٢/ ٤٨٧ـ٤٨٨) .

وَلَوْ رَأَى وَرَقَةً فِيهَا حُكْمُهُ أَوْ شَهَادَتُهُ ، أَوْ شَهِدَ شَاهِدَانِ أَنَّكَ حَكَمْتَ ، أَوْ شَهِدْتَ بِكَذَا . . لَمْ يَعْمَلْ بِهِ وَلَمْ يَشْهَدْ حَتَّى يَتَذَكَّرَ ، وَفِيهِمَا وَجْهٌ فِي وَرَقَةٍ مَصُونَةٍ عِنْدَهُمَا ، . . . .

قوله : (ولو رأى ورقة فيها حكمه أو شهادته ، أو شهد شاهدان أنك حكمت ، أو شهدت بكذا[1] . . لم يعمل به ولم يشهد حتى يتذكر ، وفيهما وجه في ورقة مصونة عندهما) .

فيه صور : **الأولى** : إذا وقف القاضي على ورقة فيها حكمه ، وطلب منه إمضاؤه ولم يتذكر . . لم يعتمد عليه ، سواء كانت بخطه أو بغيره ؛ لإمكان التزوير وتشابه الخطوط ، وكذا الشاهد ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِۦ عِلْمٌ ﴾ [الإسراء : ٣٦] قال أبو عبيدة : لا تتبع ما لا يعلم ، وقوله : ﴿ إِلَّا مَن شَهِدَ بِٱلْحَقِّ وَهُمْ يَعْلَمُونَ ﴾ [الزخرف : ٨٦] .

فإذا ثبت ذلك في الشهادة . . ففي الحكم أولى ؛ لأنه أعظم خطراً .

ولا خلاف في هذا إذا لم يكن محفوظاً عندهما ، فإن كان محفوظاً وبَعُدَ احتمال التزوير والتحريف . . فكذلك **على المنصوص المشهور** .

وقيل : يجوز الاعتماد إذا وثق به ولم تتداخله ريبة .

أما إذا تذكرا . . فيجوز القضاء والشهادة ؛ لوجود العلم ، **جزم به الجمهور** ، وصرحوا بأنه لا يخرَّج على القولين بالقضاء بالعلم ، وحكى الرافعي عن أبي الفرج : طريقة مخرجة على القولين[2] .

الثانية : أن يشهدا عند القاضي : أنك حكمت بكذا . . فلا يجوز له الحكم

---

(١) وفي « المنهاج » المطبوع : (أو شهدت بهذا) .

(٢) الشرح الكبير (١٢/ ٤٨٩) .

. . . .

ما لم يتذكر **على المشهور** ، فإنهما لو شهدا عنده بأنه صلى. . لم يرجع إليهما ، فالقضاء أحوط .

الثالثة : لو شهدا : أنك تحملت هذه الشهادة في واقعة كذا ، ولم يتذكر. . لم يجز أن يشهد ، بخلاف الرواية إذا نسي الأصل ، وأخبره فيها فرعه .

والفرق : اتساع بابها ؛ ولهذا لم يشترط فيها العدد ، وقبلت من المرأة والعبد .

وأفهم قوله : (**لم يعمل به**) : جواز العمل به لغيره ، وهو كذلك ، فإذا شهد عبد غيره بأن فلاناً حكم بكذا. . اعتمده .

والفرق : أن جهله بفعل نفسه لمَّا كان بعيداً. . يقدح في صدق الشهود .

ويستثنى من شهادتهما : ما لو ادعى حقاً ، وأقام بينة على أن خصمه أقر له به عنده. . فإنه يحكم له وإن لم يذكره ؛ لأنه لو شهدت على إقراره مطلقاً. . لكفى ، فكذا إذا شهدت على أنه أقر عنده ، كذا قاله في « الذخائر » .

وأطلق التذكر ، **ومقتضى كلام الأصحاب** : **أن المراد به** : تذكر الحكم والتسجيل على التفصيل ، وأنه لا يكفي بذكر أصل القضية فقط ، وبه صرح الجاجرمي في « الإيضاح » فقال : لا يعول على خطه ما لم يتذكر الواقعة بتفصيلها .

وحكاية الوجه في الورقة المصونة عندهما ، تبع فيه « المحرر » وجرى عليه في « الروضة »[1] وعبارة « الشرح » تقتضي : قصره على الشاهد[2] ،

---

(١) المحرر (٣/ ١٦٤٥) ، روضة الطالبين (٨/ ١٤٢) .
(٢) الشرح الكبير (١٢/ ٤٨٩) .

وَلَهُ الْحَلِفُ عَلَى اسْتِحْقَاقِ حَقٍّ أَوْ أَدَائِهِ اعْتِمَاداً عَلَى خَطِّ مُوَرِّثِهِ إِذَا وَثِقَ بِخَطِّهِ وَأَمَانَتِهِ ، . . . .

فإلحاق القاضي فيه من تصرُّفهما ، على أن في ثبوت أصل الوجه نظراً يعرف من كلام الإمام[1] .

قوله : (**وله الحلف على استحقاق حق أو أدائه اعتماداً على خط مورثه إذا وثق بخطه وأمانته**) لأنه قرينة اعتضدت بالأصل أو بقرينة أخرى ، وهي النكول إذ اليد مجوزة لليمين .

وضابط وثوقه ؛ كما قال القفال : أن يكون بحيث لو وجد في تلك التذكرة : لفلان علي كذا . . لا يجد من نفسه أن يحلف على نفي العلم به ، بل يؤديه من التركة .

وقال الإمام : إن غلب على ظنه صدقه . . حلف ، أو كذبه . . فلا ، أو استويا . . فوجهان .

قال الزركشي : وذكر المورث ليس بقيد ، حتى لو رأى بخط مكاتبه الذي مات في أثناء الكتابة قبل العتق ، أو خط مأذونه القن بعد موته ، أو عامله في القراض ، وشريكه في التجارة شيئاً من ذلك . . جاز له أن يحلف عليه بالشرط السابق ؛ لوجود الظن المؤكد .

قال : وكذلك الخط ليس بقيد ، بل الأخبار مثله ، وقد صرح الفوراني في « العمد » : بأنه لو أخبره عدل : أن لأبيك على فلان كذا . . جاز له الحلف عليه ، وتبعه في « الشامل » ، و« المحرر »[2] .

---

(١) نهاية المطلب (١٨/ ٤٩٥) .

(٢) المحرر (٣/ ١٦٤٦) .

وَالصَّحِيحُ : جَوَازُ رِوَايَةِ الْحَدِيثِ بِخَطٍّ مَحْفُوظٍ عِنْدَهُ .

قال : ورأيت في « تعليق ابن أبي هريرة » في (كتاب الشهادات) : وجهين ، وقطع بالحلف إذا كان مستنده الاستفاضة .

وقال : اقتصاره على خط مورثه يوهم : المنع في الحلف على خط نفسه : أن لي على فلان كذا ، أو : أديت إلى فلان دينه ، وهو ما نقله الرافعي والنووي عن « الشامل »(١) ، وجرى عليه في « البيان »(٢) لإمكان التذكر في خط نفسه بخلاف مورثه ، لكن سوى بينهما في « المنهاج » في (باب الدعاوى)(٣) .

قوله : (**والصحيح : جواز رواية الحديث بخط محفوظ عنده**) أي : وإن لم يتذكره ، سواء كان بخطه أو خط غيره ، وعزاه في « البسيط » للأكثرين ، وعليه العمل سلفاً وخلفاً .

والثاني : المنع ؛ لأنه إخبار يتعلق به حكم شرعي ؛ كالشهادة ، واختاره الصيدلاني ، وقال ابن السمعاني في « القواطع » : أنه **الأصح** ، وخص الخلاف بما إذا لم يتذكر السماع(٤) ، فإن تذكره . . جاز قطعاً ، فكان الأولى التعبير بـ(**الأصح**) .

وما ذكره من التقييد بالحفظ أضاف إليه ابن السمعاني شرطاً آخر ، وهو : أن يكون ذاكراً لوقت سماعه ، قال : فإن اختل واحد منهما . . لم تصح روايته(٥) .

---

(١) روضة الطالبين (٨/ ١٤٤) ، الشرح الكبير (١٢/ ٤١٩) .
(٢) البيان (١٣/ ١٢٣) .
(٣) أي : في الفصل الثاني منه عند قول المتن : (ويجوز البتّ بظن مؤكد يعتمد خطّه أو خط أبيه) .
(٤) وفي (ب) : (بسماع) .
(٥) قواطع الأدلة (١/ ٣٥٥) .

فصل

لِيُسَوِّ بَيْنَ الْخَصْمَيْنِ فِي دُخُولٍ عَلَيْهِ ، وَقِيَامٍ لَهُمَا ، وَاسْتِمَاعٍ ، وَطَلَاقَةِ وَجْهٍ ، وَجَوَابِ سَلَامٍ ، وَمَجْلِسٍ ، . . . .

قال الإمام البلقيني : **المعتمد عند العلماء قديماً وحديثاً** : العمل بما يوجد من السماع والإجازة ؛ تفريعاً على جوازها مكتوباً في الطباق التي تغلب على الظن صحتها وإن لم يتذكر السماع ولا الإجازة ، ولم تكن الطبقة محفوظة عنده .

(فصل)

[في التسوية بين الخصمين]

(ليسو بين الخصمين في دخول عليه ، وقيام لهما ، واستماع ، وطلاقة وجه ، وجواب سلام ، ومجلس) أي : وإن اختلفا بفضيلة وغيرها ؛ لقوله تعالى : ﴿ كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ ﴾ [النساء : ١٣٥] قال أبو عبيد : نزلت في الخصمين يجلسان بين يدي القاضي ، فيلوي عن أحدهما ويقبل على الآخر .

وليس المراد بالقيام لهما نفسه ، بل لو سوى بينهما في تركه . . كفى .

وقال ابن أبي الدم : يحتمل منع قيامه لهما ؛ لأنه قد يتميز أحدهما بشرف فيظن أنه له .

وقوله : (وجواب سلام) أي : إذا سلما معاً فليس له أن يرد على أحدهما ، ويمتنع من الرد على الآخر ، فلو سلم أحدهما فقط . . **فظاهر كلامه** : أنه لا يرد ، وعزى الرافعي للأصحاب أنه يصبر حتى يسلم الآخر فيجيبهما معاً[١] ، ومال الإمام إلى وجوب الرد في الحال[٢] ، واختاره

---

(١) الشرح الكبير (١٢/ ٤٩٣) ، وفي (ب) : (أسلما) .

(٢) نهاية المطلب (١٨/ ٥٧٢) .

. . . .

الزركشي ، وقال : جزم به القاضي أبو الطيب وشريح الروياني وغيرهما ، وصححه الجاجرمي وصححه البلقيني ، وقال : يوجهه إليهما ؛ لأن ابتداء السلام سنة كفاية فإذا سلم أحدهما . . فقد قام بالسنة عن الآخر ، فجواب الحاكم رد على المسلِّم حقيقة وعلى الآخر حكماً ، ولو أجاب بعض الحاضرين غيره . . سقط الرد إلا في وجه حكاه الماوردي في « السير » أنه إذا سلم على جماعة فيهم رئيس مقصود بالسلام ، هل يجزئه رد غيره ؟ وجهان[١] .

وقضية ما ذكر : استحباب السلام من الخصم ، لكن قال الماوردي : بحضور الخصم للمخاصمة يسقط عنه سنة السلام[٢] .

والمراد : بتساويهما في المجلس : أن يجلس أحدهما عن يمينه وآخر عن شماله إن كانا شريفين ، أو يجلسهما بين يديه ، **وهو الأولى** ، فلو وكل أحدهما وكيلاً ، وحضر مجلس القاضي . . قال الزبيلي : يجب أن يجلسهم بين يديه ، ولا يجوز أن يجلس الموكل عن يمين القاضي ، ويكون وكيله جالساً مع الخصم .

قال الزركشي : ينبغي أن يكون مفرعاً على وجوب التسوية بين الخصمين في الأمور المذكورة ، **وهو الصحيح** ، وأشار إليه المصنف بلام الأمر ، فإن قلنا : مستحبة . . كان مستحباً .

وصرح في « البحر » بأن الوجوب في التسوية بينهما في الأفعال دون القلب[٣] .

---

(١) الحاوي الكبير (١٨/ ١٢٦ـ١٢٧) .
(٢) الحاوي الكبير (٢٠/ ٧٥) .
(٣) بحر المذهب (١٤/ ٥٢) .

وَالأَصَحُّ : رَفْعُ مُسْلِمٍ عَلَى ذِمِّيٍّ فِيهِ .

وَإِذَا جَلَسَا . فَلَهُ أَنْ يَسْكُتَ ، وَأَنْ يَقُولَ : لِيَتَكَلَّمِ الْمُدَّعِي ، . . . . . .

قوله : (**والأصح : رفع مسلم على ذمي فيه**) أي : في المجلس ؛ بأن يجلس المسلم أقرب إلى القاضي منه ، فعن علي رضي الله عنه : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « **لاَ تُسَاوُوهُمْ فِي الْمَجْلِسِ** » . رواه البيهقي[1] ، فإن تحاكما من قيام ؛ كما هو الغالب . . قدم المسلم عليه في الموقف .

والثاني : يسوي بينهما فيه ؛ لعموم الأمر ؛ كما في غيره .

وعبارته تقتضي : أن من عدا الذمي من الكفار يرفع عليه المسلم **قطعاً** ، ويقتضي القطع بتساويهما فيما عدا المجلس .

قال الرافعي : ويشبه جريانهما في سائر وجوه الإكرام[2] .

وصرح البلقيني : بتصحيح تقديم المسلم في جميع وجوه الإكرام .

وقال الزركشي : لم يبين المصنف أن الخلاف في الجواز أو الوجوب ، **والظاهر** : أن مرادهم الوجوب ، وبه صرح صاحب « التمييز » ، **وهو قياس القاعدة** : أن ما كان ممنوعاً منه إذا جاز . . وجب ؛ كقطع اليد في السرقة ، لكن صرح سُلَيم في « المجرد » بأنه في الجواز .

قوله : (**وإذا جلسا . . فله أن يسكت**) أي : حتى يتكلما (**وأن يقول : ليتكلم المدعي**) أي : منكما ؛ لما فيه من إزالة هيبة القدوم ، وله أيضاً أن يقول للمدعي إذا عرفه : تكلم ، **والأولى** : أن يخاطبهما بذلك الأمين الواقف على رأسه .

---

(١) السنن الكبير (٢٠٤٩٥) .

(٢) الشرح الكبير (١٢/٤٦٩) .

فَإِذَا ادَّعَى . . طَالَبَ خَصْمَهُ بِالْجَوَابِ ، فَإِنْ أَقَرَّ . . فَذَاكَ ، . . . .

قوله : (**فإذا ادعى . . طالب خصمه بالجواب**) أي : وإن لم يسأله المدعي **على الصحيح** ؛ لأن المقصود فصل الخصومة ، وبذلك ينفصل .

وقيل : لا يطالبه بالجواب حتى يسأل المدعي ذلك ؛ لأنه حقه فلا يستوفى إلا بسؤاله ؛ كاليمين إذا توجهت عليه ، ورجحه في « الشرح الصغير » .

ولو انفرد المدعي بسؤال المدعى عليه . . لم يلزمه الجواب حتى يكون القاضي هو السائل له ، فلو أجابه بإقرار أو إنكار . . هل يعتد به ؛كما يعتد بسؤال القاضي ، أو لاً ؟ فيه وجهان .

وقوله : (**ادعى**) أي : دعوى صحيحة ، فإن لم يحررها . . قال الإصطخري : يجوز أن يبين له كيفية الدعوى الصحيحة ، وقال غيره : لا يجوز ، وصححه في « التنبيه »[١] وأقره عليه المصنف ، ونسبه القاضي أبو الطيب لعامة الأصحاب .

قال الزركشي : يشبه أن الخلاف يعني : في المطالبة بالجواب فيما إذا كان الحق لمطلق التصرف ، فإن كان لمحجور عليه . . طالبه قطعاً ، **وفي معناه** : كل ما يحتاط له فيه .

قوله : (**فإن أقر . . فذاك**) أي : المطلوب ، ويثبت الحق بمعنى : أنه لو رجع قبل القضاء . . لم يؤثر ؛ لأن الإقرار أقوى الحجج ، وللمدعي طلب الحكم ، فحينئذ يحكم فيقول : أخرج من حقه ، أو : كلفتك الخروج منه ، أو : ألزمتك ، ونحوه ، ولا يفتقر ثبوته للحكم به **على الأصح** ، بخلاف البينة فإنها تحتاج إلى نظر واجتهاد ، فإن لم يطالبه المدعي بالحكم . . أمسك عنه وصرفهما .

---

(١) التنبيه (ص : ١٥٤) .

وَإِنْ أَنْكَرَ. فَلَهُ أَنْ يَقُولَ لِلْمُدَّعِي : أَلَكَ بَيِّنَةٌ ؟ وَأَنْ يَسْكُتَ ، فَإِنْ قَالَ : لِي بَيِّنَةٌ وَأُرِيدُ تَحْلِيفَهُ. فَلَهُ ذَلِكَ ، . . . .

قوله : (وإن أنكر) أي : المدعى عليه (. . فله أن يقول للمدعي : ألك بينة ؟) يعني : أن القاضي مخير بين أن يقول ذلك ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم للحضرمي : « **أَلَكَ بَيِّنَةٌ** » ؟ قال : لا ، قال : « **فَلَكَ يَمِينُهُ** » . رواه مسلم(١) .

ولأن المدعي قد لا يعرف ترتيب الخصوم ويهاب الحاكم(٢) .

(وأن يسكت) أي : تحرزاً من اعتقاد ميل إلى المدعي ، **وقيل** : يتعين السكوت ؛ لأن الأول كالتلقين ، وقيده صاحب « المهذب » و« البيان » وغيرهما بما إذا كان المدعي يعلم أنه وقت إقامة البينة ، فإن كان لا يعلم ذلك . . لم يسكت ، بل يسأله عنها(٣) .

قوله : (**فإن قال : لي بينة وأريد تحليفه . . فله ذلك**) يعني : أن للمدعي في الجواب حالين أيضاً ؛ **الأول** : أن يقول لي بينة ولا أقيمها ، ولكن أريد يمينه . . فله ذلك ؛ لأنه قد يتورع عن اليمين فيستغني عن إقامة البينة ، أو يختار أن يقيم البينة بعد حلفه ؛ ليعلم خيانته ؛ كذا قطع به الرافعي هنا(٤) ، وحكى في (الدعاوى) عن « فتاوى القفال » : أنه لا يلزم القاضي تحليفه(٥) .

---

(١) صحيح مسلم (١٣٩) .

(٢) وفي (ب) : (الحكم) .

(٣) المهذب (٥/٥٠٨ـ ٥٠٩) ، البيان (١٣/٨٧) ، وفي (ب) : (بل سأله) بصيغة الماضي .

(٤) الشرح الكبير (١٢/٤٩٦) .

(٥) الشرح الكبير (١٣/٢٠٧) ، فتاوى القفال (ص : ٢٦٥) ذكر هذه المسألة في « ملحق فتاوى القفال » .

أَوْ : لاَ بَيِّنَةَ لِي ، ثُمَّ أَحْضَرَهَا . . قُبِلَتْ فِي الأَصَحِّ .

وفي « الحاوي » وجه : أنه ليس له إحلافه ، وخص الوجهين بما إذا قال : إنها حاضرة ، فإن ذكر أنها غائبة . . أحلف قطعاً[١] .

قوله : (أو : لا بينة لي ، ثم أحضرها . . قبلت في الأصح) الحال الثاني : أن ينفيها ، فإن قال : ليس لي بينة حاضرة ، فحلفه ثم جاء ببينة . . سمعت ، جزم به في « الشرحين » و« الروضة »[٢] ، وإن قال : لا بينة لي لا حاضرة ولا غائبة ، ثم أحضرها . . سمعت أيضاً **على الأصح** ، **وقيل** : لا ؛ للمناقضة ، إلا أن يذكر لكلامه تأويلاً ؛ ككنت ناسياً أو جاهلاً . . فتقبل قطعاً .

وشرط الإمام البلقيني لجريان الخلاف أيضاً : أن يكون قائل ذلك مقبول الإقرار ، فلو كان محجوراً . . قبلت البينة بعد ذلك بلا خلاف ، وكذا لو قال ذلك ولي أو وكيل ؛ لأن إقرارهما لا يبطل حق غيرهما .

وإن قال : لا بينة لي مقتصراً عليه وهي صورة الكتاب فهل يلتحق بالأولى فيجزم بالسماع ، أو بالثانية فيكون على الوجهين ؟ فيه طريقان ، جزم البغوي بالأول ، ورجح في « الشرح الصغير » الثانية ، وجرى عليه في « المحرر » وتبعه المصنف[٣] .

وقال الزركشي : وهي التي أوردها الماوردي في (باب الامتناع من اليمين) وقال : إن جمهور أصحابنا على القبول[٤] ، وقال أبو الطيب : **إنه ظاهر مذهب الشافعي** .

---

(١) الحاوي الكبير (٢٠/ ٢٩٣) .
(٢) الشرح الكبير (١٢/ ٤٩٦) روضة الطالبين (٨/ ١٤٨) .
(٣) التهذيب (٨/ ٢٥٣) ، المحرر (٣/ ١٦٤٨) .
(٤) الحاوي الكبير (٢٠/ ٢٩٣) .

وَإِذَا ازْدَحَمَ خُصُومٌ . . قُدِّمَ الأَسْبَقُ ، فَإِنْ جُهِلَ أَوْ جَاؤُوا مَعاً . . أُقْرِعَ ، وَيُقَدَّمُ مُسَافِرُونَ مُسْتَوْفِزُونَ وَنِسْوَةٌ وَإِنْ تَأَخَّرُوا مَا لَمْ يَكْثُرُوا ، . . . .

قوله : (**وإذا ازدحم خصوم . . قدم الأسبق**) أي : عند التعاقب وجوباً ؛ كما هو مقتضى نص « الأم » و« المختصر »[1] كما لو سبق إلى موضع مباح .

والاعتبار بسبق المدعي ؛ لأن الحق له ، قاله في « الروضة »[2] .

وقال البلقيني : ليس كذلك ، بل لا بد أن يسبق المدعي وخصمه ، فلو سبق المدعي وتأخر خصمه ثم جاء مدع آخر مع خصمه ، ثم حضر خصم الآخر . . قدم المدعي الذي حضر خصمه قبل حضور الخصم الآخر .

قوله : (**فإن جهل أو جاؤوا معاً . . أقرع**) لما روى البخاري : أن النبي صلى الله عليه وسلم عَرَضَ على قوم اليمينَ فأسرَعُوا ، فأمر أن يُسهَم بينهم في شأن اليمين أيهم يَحلِف[3] .

وقيل : يقدم من شاء منهما بالقرعة أو الاجتهاد .

وعلى الأول : إن كثروا وعسر الإقراع . . كتب أسماءهم في رقاع وجعلها بين يديه ليأخذها واحدة واحدة ، ويسمع دعوى من خرج اسمه في كل مرة .

قوله : (**ويقدم مسافرون مستوفزون ونسوة وإن تأخروا ما لم يكثروا**) أشار إلى أن القاضي لا يقدم بعض المدعين بشرف ولا غيره مع التأخر في الحضور ، إلا فيما إذا كان في المدعين مسافرون مستوفزون ، وهم الذين شدوا الرحال ليخرجوا ، ولو أخرهم . . لتخلفوا عن رفقتهم ، أو نساء ورأى القاضي

---

(١) الأم (٧/ ٥٣١) ، مختصر المزني (ص : ٤٠٤ـ٤٠٥) .
(٢) روضة الطالبين (٨/ ١٤٩) .
(٣) صحيح البخاري (٢٦٧٤) عن أبي هريرة رضي الله عنه .

. . . .

تقديمهن لينصرفن . . قدم الفريقين **على الصحيح** ما لم يكثروا ، وإلا . . فلا بل يُعتبر السبقُ والقرعةُ .

والثاني : المنع فيهما ؛ لأن حق الإنسان لا يسقط بمصلحة غيره ، **فإن** كثروا ؛ كالحجاج[1] ؛ قدموا مكة أو المدينة . . فلا يجوز تقديمهم إلا برضا المقيمين ؛ لحصول الضرر في الجانبين ، **والضرر لا يزال بالضرر** .

قال الرافعي : **ثم لا يخفى أن المراد** : تقديم المسافر على المقيمين ، والمرأة على الرجال ، فأما المسافرون بعضهم مع بعض ، وكذا النسوة . . فالرجوع فيهم إلى السبق أو القرعة .

وقال : **الظاهر** : أن التقديم نوع رخصة يجوز فعله وتركه ، وبه يشعر لفظ « المختصر »[2] .

وقال المصنف : المختار : أنه مستحب لا يقتصر به على الإباحة[3] .

وقوله : (**وإن تأخروا**) راجع إلى المسافرين والنسوة ، وغلب المذكر على المؤنث ، وكذا **قوله** : (**ما لم يكثروا**) . وحالة المساواة ملحقة بحالة الكثرة ؛ كما صرح به في « المهذب »[4] وغيره ، فلو قال : (إن كانوا أقل) . . كان أحسن .

وقال في « أصل الروضة » : وينبغي ألاّ يفرق بين أن يكون المسافر والمرأة مدعياً أو مدعى عليه[5] .

---

(١) في النسختين : (كالحاج) .
(٢) الشرح الكبير (١٢/٤٩٧) ، مختصر المزني (ص : ٤٠٤) .
(٣) روضة الطالبين (٨/١٤٩) .
(٤) المهذب (٥/٥٠٣) .
(٥) روضة الطالبين (٨/١٤٩) .

وَلاَ يُقَدَّمُ سَابِقٌ وَقَارِعٌ إِلاَّ بِدَعْوَى ، وَيَحْرُمُ اتِّخَاذُ شُهُودٍ مُعَيَّنِينَ لاَ يَقْبَلُ غَيْرَهُمْ ، . . . .

قال البلقيني : وهو ممنوع ، بل هو مختص بالمدعي .

وظاهر كلامهم : أنه لا يقدم بغير ذلك ، لكن ذكر الماوردي : أن القاضي يقدم المريض المسبوق الذي يتضرر بالصبر إن كان مطلوباً ، ولا يقدمه إن كان طالباً ؛ لأن المطلوب مجبور والطالب مخير(١) .

زاد الزركشي : أن الروياني ذكر ذلك(٢) .

قال : فينبغي مجيئه في المرأة والمسافر ، وأنه ينبغي إلحاق من له مريض بلا متعهد بالمريض .

قوله : (**ولا يقدم سابق ولا قارع إلا بدعوى**) أي : واحدة ؛ لأنه مسبوق بالنسبة إلى الثانية ، فإن الذي يليه سبقه ، فإن كان له دعوى أخرى . . فليحضر في مجلس آخر ، أو ينتظر فراغهم ، ولا فرق بين أن تكون دعواه الثانية على الذي ادعى عليه الأولى ، أو على غيره **على الصحيح** .

ولا خلاف أنه يسمع على المدعى عليه دعوى ثان وثالث ؛ لأن الدعوى للمدعي وقد تعدد .

وأما المقدم بالسفر . . فللرافعي فيه احتمالات ، قال المصنف : **الأرجح** : أن دعاويه إن قلت أو خفت بحيث يقل الضرر . . قدم بجميعها ، وإلا . . فواحدة ؛ للإذن فيها(٣) .

قوله : (**ويحرم اتخاذ شهود معينين لا يقبل غيرهم**) لما فيه من التضييق .

---

(١) الحاوي الكبير (٢٠/ ٢٧٤) .
(٢) بحر المذهب (١٤/ ٦٦) .
(٣) الشرح الكبير (١٢/ ٤٩٨) ، روضة الطالبين (٨/ ١٥٠) .

وَإِذَا شَهِدَ شُهُودٌ فَعَرَفَ عَدَالَةً أَوْ فِسْقاً . . عَمِلَ بِهِ ، . . . .

قال الماوردي : وهذا مكروه ؛ لمخالفته الصدر الأول ، ولأن في الناس من العدول أمثالهم فلم يجز أن يقتصر على بعض العدول دون بعض ، وقد عم الله تعالى ولم يخص[١] .

قال الزركشي : وقوله : (فلم يجز) يبين أن مراده بالكراهة : التحريم لا التنزيه ، وحكى شريح : وجهاً بالجواز .

وقول المصنف : (**لا يقبل غيرهم**) **يفهم** : أنه لو عين قوماً مع قبول غيرهم . . لم يحرم ، وعبر الماوردي بـ(لم يكره)[٢] .

قوله : (**وإذا شهد شهود فعرف عدالة أو فسقاً . . عمل به**)[٣] أي : إذا عرف فسقهم . . رد شهادتهم ولم يحتج إلى بحث ، وإن عرف عدالتهم . . قبل شهادتهم ، ولا حاجة إلى التعديل وإن طلبه الخصم .

قال الإمام البلقيني : الأرجح تفريعاً على أنه لا يقبل تزكيته لأصله ولا فرعه ؛ كما **هو الصحيح** في « زيادة الروضة »[٤] . . أنه لا يجوز أن يحكم بشهادة أصله ولا فرعه إذا علم عدالته ، ولم تقم عنده بينة بها .

وفي معنى علمه : ما لو استفاض بين الناس فسقه . . فلا حاجة إلى البحث والسؤال .

---

(١) الحاوي الكبير (٢٠/ ٢٠١) ، والتعميم في قوله تعالى ﴿وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق : ٢] .

(٢) الحاوي الكبير (٢٠/ ٢٠١) ، وعبارته : (وليس يكره له) .

(٣) قول المتن : (عمل به) كذا في (أ) و(ب) و« تحرير الفتاوي » (٣/ ٥٧٨) ، وفي « المنهاج » وسائر الشروح المطبوعة : (عمل بعلمه) .

(٤) روضة الطالبين (٨/ ١٥٣) .

وَإِلاَّ . . وَجَبَ الاسْتِزْكَاءُ ؛ بِأَنْ يَكْتُبَ مَا يَتَمَيَّزُ بِهِ الشَّاهِدُ وَالْمَشْهُودُ لَهُ وَعَلَيْهِ ، وَكَذَا قَدْرُ الدَّيْنِ عَلَى الصَّحِيحِ ، . . . .

قوله : (**وإلا . . وجب الاستزكاء**) أي : وإن لم يعرف حالهم . . لم يجز قبول شهادتهم والحكم بها ، إلا بعد طلب التزكية سواء طعن الخصم فيهم أو سكت .

وإن صدقهما فيما شهدا به . . قضى بإقراره ، واستغنى عن البحث عن حالهما .

وظاهر كلام المصنف : جواز استماع الشهادة قبل العلم بأهليتهما ، وحكى الماوردي في ذلك وجهين[١] .

قوله : (**بأن يكتب ما يتميز به الشاهد والمشهود له وعليه ، وكذا قدر الدين على الصحيح**) .

اعلم : أنه ينبغي أن يكون للقاضي مزكون وأصحاب مسائل .

فالمزكون : هم المرجوع إليهم ليبينوا حال الشهود من العدالة والجرح .

وأصحاب المسائل : هم الذين يبعثهم إلى المزكين ليسألوا ، وإذا أراد البحث عن حال الشهود . . كتب اسم الشاهد وكنيته إن اشتهر بها ، واسم أبيه وجده وولاءه إن كان عليه ولاء ، وحليته وحرفته ، وسوقه ومسجده ؛ لئلا يشتبه بغيره ، فإن حصل التمييز ببعضها . . كفى ، ويكتب اسم المشهود له والمشهود عليه ، فقد يكون بينهما ما يمنع شهادته له أو عليه من قرابة أو عداوة ، **والصحيح** المنصوص : أنه يذكر قدر المال ؛ لأنه قد يغلب على الظن صدق الشاهد في القليل دون الكثير .

---

(١) الحاوي الكبير (٢١/١١١) .

وَيَبْعَثَ بِهِ مُزَكِّياً ثُمَّ يُشَافِهُهُ الْمُزَكِّي بِمَا عِنْدَهُ ، . . . .

قوله : (ويبعث به مزكياً) .

اعلم : أنه يكتب إلى كل مزك كتاباً ، ويدفعه إلى صاحبه[١] مسألته ، ويخفي كل كتاب عن غير من دفعه إليه وغير من بعثه إليه احتياطاً .

فقوله : (مزكياً) صوابه : إلى المزكي ؛ كما عبر به في « المحرر » وغيره[٢] ؛ لأن أصحاب المسائل وإن سموا بذلك ، فالمزكي إنما هو المبعوث إليه ؛ كما بينه الأصحاب .

قوله : (ثم يشافهه المزكي بما عنده) أي : يشافهه بالتزكية ، فإن أراد به صاحب المسألة ؛ كما هو ظاهر عبارته ، فهو قول الإصطخري : إن الحكم بقول اثنين من أصحاب المسائل ، وهو أصح عند الشيخ أبي حامدٍ والقاضي أبي الطيب ، وعزاه الماوردي إلى الأكثرين[٣] .

وقال في « الذخائر » : إنه ظاهر النص ، قال ابن الصباغ : وهذا وإن كان شهادة على شهادة . . تقبل للحاجة ؛ لأن المزكي لا يكلف الحضور فصار ذلك عذراً ؛ كالمرض والغيبة .

فإن وصفاه بالفسق . . توقف القاضي ، وإن وصفاه بالعدالة . . أحضر الشاهد ليشهدا بعدالته ويشيرا إليه .

وإن أراد به المبعوث إليه ؛ كما اقتضاه كلام « المحرر » وغيره ، فهو وجه قال به أبو إسحاق .

ومنعُ الاعتماد على قول أصحاب المسائل ؛ لأنهم شهود على شهادة

---

(١) هكذا في النسختين ، وفي « النجم الوهاج » (إلى صاحب) .

(٢) المحرر (٣/ ١٦٥٠) ، الشرح الكبير (١٢/ ٥٠٢) .

(٣) الحاوي الكبير (٢٠/ ١٩٣) .

وَقِيلَ : تَكْفِي كِتَابَتُهُ ، وَشَرْطُهُ كَشَاهِدٍ مَعَ مَعْرِفَةِ الْجَرْحِ وَالتَّعْدِيلِ وَخِبْرَةِ بَاطِنِ مَنْ يُعَدِّلُهُ لِصُحْبَةٍ أَوْ جِوَارٍ أَوْ مُعَامَلَةٍ ، . . . .

والفرع[١] لا يقبل مع حضور الأصل ، وجوابه ما سبق[٢] .

قوله : (وقيل : تكفي كتابته) أي : المزكي مع أصحاب المسائل إلى القاضي بما عنده ، **والصحيح** : وجوب المشافهة ؛ لأن القاضي لا يعتمد على خط نفسه وإن وثق ما لم يتذكر فكيف بخط غيره ؛ لاحتمال التزوير .

قال الرافعي : وهو بين إن كان القاضي يحكم بشهادة المزكيين ، فأما إن ولي بعضهم الحكم بالعدالة والجرح . . فليكن كتابه ككتاب القاضي إلى القاضي ، وليكن الرسولان كالشاهدين على كتاب القاضي[٣] .

قوله : (وشرطه كشاهد مع معرفة[٤] **الجرح والتعديل ، وخبرة باطن من يعدله لصحبة أو جوار أو معاملة**) يعني : أنه يشترط في المزكي شروط الشاهد ؛ من الإسلام والتكليف ، والحرية والذكورة والعدالة ، وعدم العداوة في الجرح ، وعدم البنوة والأبوة في التعديل .

وكان ينبغي أن يصرح بالذكورة ؛ لأن النسوة أهل للشهادة في الجملة ، لكن لما كانت التزكية ليست بمال . . لم يقبل فيها إلا الذكور .

ويزيد أمران[٥] ؛ أحدهما : أن يكون عارفاً بالجرح والتعديل ؛ لأن به يتم مقصود ما يفوض إليه .

---

(١) وفي (ب) : (شهادة الفروع) ، وعبارة « النجم الوهاج » (١٠/ ٢٢٣) : (لأنهم شهود فرع وشهادة الفرع . . .) .
(٢) أي : آنفاً .
(٣) الشرح الكبير (١٢/ ٥٠٦) .
(٤) وفي (ب) : (معرفته) .
(٥) قوله : (ويزيد أمران) كذا في (أ) و(ب) .

وَالأَصَحُّ : اشْتِرَاطُ لَفْظِ شَهَادَةٍ ، . . . .

الثاني : أن يكون خبيراً بباطن من يعدله لصحبة سفر أو حضر أو جوار أو معاملة ؛ لأن الناس يخفون عوراتهم ، ولا يتحقق الاطلاع عليها فاعتبر بما يغلب على الظن ذلك ، وهو الخبرة الباطنة .

وظاهر قوله : (من يعدله) : أن الذي يعتبر فيه الخبرة الباطنة إنما هو التعديل فقط ؛ لأنه لا يمكن الوصول فيه إلى اليقين فلا أقل من الظن ، أما الجرح . . فلا يشترط فيه الخبرة الباطنة .

والمراد بالمزكي هنا : من يشهد بالعدالة لا أصحاب المسائل ؛ إذ لا يشترط فيهم الخبرة الباطنة إذا اكتفينا بشهادتهم ، صرح به ابن الرفعة[١] .

وقوله : (**وخبرة**) هو مجرور بالعطف على قوله : (**معرفة**) وجوز ابن الفركاح رفعه بالعطف على خبر قوله : (**وشرطه**)[٢] .

قوله : (**والأصح : اشتراط لفظ شهادة**) أي : يشترط أن يقول المزكي : أشهد أنه عدل ؛ كغيرها .

وقيل : لا يشترط بل يقوم مقامها : أعلم وأتحقق ؛ لأنا قبلناهم مع إمكان الوصول إلى الأصول، لكن الإمام إنما حكاه تفريعاً على الاكتفاء بالرسل، **واقتضى كلامه** : أنا إن اعتبرنا مشافهة المزكي . . اشترط لفظ الشهادة قطعاً[٣] ، ويشهد له التعليل ، قال الغزالي : وعلى هذا لا بد أن يروي عن كل واحدٍ من المزكيين اثنان من أصحاب المسائل ؛ لأنه شهادة على شهادة[٤] ، قاله الزركشي .

---

(١) كفاية النبيه (١٨/٢١٨) .

(٢) بيان غرض المحتاج إلى كتاب المنهاج (ص : ٥١٢ـ٥١٣) .

(٣) نهاية المطلب (١٨/٤٧٨ـ٤٧٨) .

(٤) الوسيط (٤/٣١٠) .

وَأَنَّهُ يَكْفِي : هُوَ عَدْلٌ ، وَقِيلَ : يَزِيدُ : عَلَيَّ وَلِي ، وَيَذْكُرُ سَبَبَ الْجَرْحِ ،

قوله : (**وأنه يكفي : هو عدل**) لقوله تعالى : ﴿وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق : ٢] فأطلق العدالة فإذا شهد أنه عدل . . فقد أثبت العدالة التي اقتضتها الآية ، وحكاه القاضي أبو الطيب عن نصه في « حرملة » .

(**وقيل : يزيد : علي ولي**) أي : لا بد أن يقول : عدل علي ولي ، وهذا نصه في « الأم » و« المختصر »[١] .

قال ابن الصباغ : وبه أخذ أكثر الأصحاب ، فكان الأولى ترجيحه وتعبيره بـ(الأظهر) ، وعلله أبو إسحاق بجواز أن يكون عدلاً في شيء دون شيء ، فبهذه الزيادة يزول الاحتمال .

ومن هذه العلة يؤخذ الاكتفاء بقوله : هو عدل مقبول الشهادة ، وقال في « البحر » : النص في « حرملة » : إنما هو فيما إذا قال : هو عدل رضيٌّ ، وتبعه الرافعي ، وقال : إنه مغاير لقوله في « المختصر » : عدل عليّ ولي[٢] .

قال الزركشي : **وحاصله** : أن الشافعي جازم بأنه لا يكفي العدل وحده ، وفيما يشترط معه قولان ، قال : وعلى القول بالاشتراط . . **فالظاهر** : أنه لا فرق بين أن يقدم (علي) أو (لي) ، وفي « الرونق » و« اللباب » : لا يقبل حتى يقول : لي وعلي ، فإن قال : علي ولي . . لم يقبل في أحد الوجهين .

والثاني : يقبل سواء قدم أو أخر ، وهو غريب .

قوله : (**ويذكر سبب الجرح**)[٣] أي : لا بد من التصريح بالسبب ، **وهو**

---

(١) الأم (٥٠٩/٧) ، مختصر المزني (ص : ٤٠٣) .

(٢) بحر المذهب (١٨٤/١١) ، الشرح الكبير (٥٠٧/١٢) ، مختصر المزني (ص : ٤٠٣) .

(٣) وفي « المنهاج » المطبوع : (ويجب ذكر سبب الجرح) .

. . . .

الصحيح فيقول : هو زان ، أو سارق ، أو قاذف ، أو يمشي بالنميمة .

قال الماوردي : أو يقول : ما يعتقده من البدع المنكرة ، ونحوه[١] .

وقيل : يكفي التعريض بذكر ما ينبه على ما يقع به الجرح ، ويستغني عن حال الشاهد ، أو يقول : الله أعلم بالسرائر .

وعلى الأول : فهل يشترط ذكر رؤية السبب أو سماعه ؛ بأن يقول : رأيته يزني ، وسمعته يقذف . . وجهان ؛ **أشهرهما** : نعم ، **وأقيسهما** : لا ، كذا قاله الرافعي[٢] .

ولا يجعل الجارح بذكر الزنا قاذفاً للحاجة ؛ كالشاهد ، فإن لم يوافقه غيره . . قال الرافعي : فليكن كما لو شهد ثلاثة بالزنا فهل يجعلون قذفة[٣] .

وقال المصنف : **الصواب** : أنه غير قاذف هنا وإن انفرد ؛ لأنه معذور في شهادته فإنه مسؤول عنها ، وهي في حقه فرض كفاية أو عين ، بخلاف شهود الزنا ، فإنهم مندوبون إلى الستر فهم مقصرون[٤] . انتهى

وهذا في غير المنصوب للجرح والتعديل ، أما هو . . فليس للحاكم سؤاله .

وإذا كان للجرح أسباب . . لا يشترط التعرض لجميعها بل يكفي واحد ، قاله ابن عبد السلام[٥] ، وأشار المصنف إليه في « الأذكار »[٦] .

---

(١) الماوردي (٢٠/ ١٩٦) .

(٢) الشرح الكبير (١٢/ ٥٠٥) .

(٣) الشرح الكبير (١٢/ ٥٠٥) .

(٤) روضة الطالبين (٨/ ١٥٥ـ ١٥٦) .

(٥) القواعد الكبرى (١/ ١٥٤) .

(٦) الأذكار (ص : ٥٥٠) .

وَتُعْتَمَدُ فِيهِ الْمُعَايَنَةُ أَوِ الاسْتِفَاضَةُ ، وَيُقَدَّمُ عَلَى التَّعْدِيلِ ، . . . .

قوله : (**وتعتمد فيه المعاينة**) أي : المشاهدة (**أو الاستفاضة**) **لأنهما** محصلان للعلم ؛ كما يشهد بالموت والنسب والملك المطلق على الاستفاضة .

وعبارة « المحرر » : والاعتماد فيه على المعاينة ؛ بأن يراه يزني أو يشرب من الخمر ، أو السماع ؛ بأن سمعه يقذف ، وإن سمع من غيره ؛ فإن بلغ المخبرون عدد التواتر ، أو استفاض وانتشر . . جاز الاعتماد عليه ، وإلا . . فلا[١] . انتهى

فتعرّض للمعاينة في الفعل والسماع في القول ، وحذف المصنف القول ظناً منه دخوله في المعاينة ، **وفيه نظر** .

ولو ذكر بدل (الاستفاضة) : السماع . . لكان أولى ، فإنه يشمل السماع منه والسماع عنه .

وعلم من ذكر المصنف الاستفاضة : الاكتفاء بالمتواتر من باب أولى ، وأنه لا يكفي العدد اليسير ، بمعنى : أنه لا يجرح بقولهم .

نعم ؛ له أن يشهد على شهادتهم بشرطه .

وظاهر قوله : (**فيه**) اختصاص ذلك بالجرح ، وأنه لا يكفي الاستفاضة في التعديل .

قوله : (**ويقدم على التعديل**) أي : فيما إذا عدله اثنان وجرحه اثنان ؛ لأن بينة الجرح شهدت بأمر باطن ، وشهادة العدالة بأمر ظاهرٍ . . فكانت أقوى ؛ لأنها علمت ما خفي على الأخرى ، ولأن الجارح مثبت والمعدل ناف ، والإثبات أولى من النفي ، ولا فرق بين أن يكون بينة الجرح أكثر أو لا .

---

(١) المحرر (٣/ ١٦٥٢) .

فَإِنْ قَالَ الْمُعَدِّلُ : عَرَفْتُ سَبَبَ الْجَرْحِ وَتَابَ مِنْهُ وَأَصْلَحَ . . قُدِّمَ ، وَالأَصَحُّ : أَنَّهُ لاَ يَكْفِي فِي التَّعْدِيلِ قَوْلُ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ : هُوَ عَدْلٌ وَقَدْ غَلِطَ .

قوله : (**فإن قال المعدل : عرفت سبب الجرح وتاب منه وأصلح . . قدم**) هذا كالمستثنى من تقديم بينة الجرح ؛ لأن مع المعدل ـ والحالة هذه ـ زيادة علم .

ونقل في « البيان » عن الأصحاب استثناء مسألة أخرى ، وهي : ما لو شهد بالجرح في بلد ثم انتقل لبلد أخرى فشهد اثنان بالتعديل . . فتقدم على الجرح ؛ لأن العدالة طارئة على الجرح ، والتوبة ترفع المعصية[١] .

وقال في « الذخائر » : لا يشترط اختلاف البلدين بل لو كانا في بلدٍ واختلف الزمان . . فكذلك .

قال ابن الرفعة : وينبغي أن يخص بتخلل مدة الاستبراء بينهما[٢] ، قال الزركشي : نص عليه الشافعي في (اختلاف العراقيين) في « الأم »[٣] ، ويجيء هذا التقييد في صورة الكتاب أيضاً .

قوله : (**والأصح : أنه لا يكفي في التعديل قول المدعى عليه**) أي : إن كان من أهل التعديل (**هو عدل وقد غلط**) لأن الاستزكاء حق لله تعالى ، ولو كان لحق الخصم . . لسقط برضاه ، ولوجب إذا علم القاضي فسقه أن يقضي عليه ، وهو لا يقضي .

والثاني : يكفي في ثبوته عليه ؛ لأن الاستزكاء حقه ، وقد اعترف ، ولأنه اعترف بما لو ثبت بالبينة . . توجه الحكم عليه ، ولا يقبل منه خطأه ، **وعلى**

---

(١) البيان (١٣/ ٥٠) .
(٢) كفاية النبيه (١٨/ ٢٢٠) .
(٣) الأم (٨/ ٢٨٨) .

. . . .

هذا : فلا يجوز للقاضي أن يمتنع من الحكم عليه ، قاله الماوردي .

وكما لا يكون تعديلاً لا يكون إقراراً ، كما قاله الرافعي في (كتاب الإقرار) وألحق به ما لو قال : هو صادق ، بخلاف ما لو قال : صادق فيما شهد به ، أو : عدل فيه . . فإنه يكون إقراراً[١] .

وموضع الخلاف : ما إذا جهل القاضي حال الشاهد ، فإن علم فسقه . . لم ينفع تعديل الخصم بلا خلافٍ .

وتقييد المصنف بقولهم : **(وقد غلط) يفهم** : تعين الحكم عند فقده ، لكن العراقيون والماوردي اقتصروا على ذكر الوجهين عند تعديل الخصم من غير تعرض لذلك[٢] ، بل حكاهما شريح فيما لو قال : هو عدل فاحكم علي بشهادته .

فلو حذف المصنف قوله : (وقد غلط) . . لكان أولى ؛ لأنه يفهم : عدم الاكتفاء مع التعرض للغلط من باب أولى بخلاف العكس .

تنبيه : هذا إذا قال بذلك عد أداء الشهادة ، فلو قال قبله : ما شهدت به علي فأنت عدل صادق . . لم يكن إقراراً لكن تعديل إن كان من أهله ، كذا نقله الرافعي والنووي عن الهروي ، وأقراه[٣] ، وذكرا في (كتاب الإقرار) لو قال : إن شهدا علي بكذا فهما صادقان . . فهو إقرار **على الأظهر** ، وإن لم يشهدا[٤] .

---

(١) الشرح الكبير (٥/ ٣٠٠) .

(٢) الحاوي الكبير (٢٠/ ١٨٩) .

(٣) الشرح الكبير (١٢/ ٥٠١) ، روضة الطالبين (٨/ ١٥٢) .

(٤) الشرح الكبير (٥/ ٣٠٠) ، روضة الطالبين (٤/ ٢٤) .

. . . .

قال الزركشي : **وكأنّ الفرق** : أنه عبر ههنا بالمشهود عليه بقوله : (بكذا) بخلاف التي قبلها .

ولا خلاف أنه إذا قال : هما صادقان.. حكم عليه بموجب إقراره لا بالبينة ، والله أعلم .

* * *

بَابُ الْقَضَاءِ عَلَى الْغَائِبِ

هُوَ جَائِزٌ إِنْ كَانَ عَلَيْهِ بَيِّنَةٌ وَادَّعَى الْمُدَّعِي جُحُودَهُ ، فَإِنْ قَالَ : هُوَ مُقِرٌّ . . لَمْ تُسْمَعْ بَيِّنَتُهُ ، وَإِنْ أَطْلَقَ . . فَالأَصَحُّ : أَنَّهَا تُسْمَعُ ، . . . .

(باب القضاء على الغائب)

(هو جائز إن كان عليه بينة وادعى المدعي جحوده ، فإن قال : هو مقر . . لم تسمع بينته ، وإن أطلق . . فالأصح : أنها تسمع) احتج الأصحاب للمذهب المشهور ـ وهو الجواز ـ بقول النبي صلى الله عليه وسلم لهند امرأة أبي سفيان لما شكت أنه شحيح لا يعطيها ما يكفيها ويكفي بنيها : « **خُذِي مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدَكِ بِالْمَعْرُوفِ** »(١) .

قال الرافعي هنا : وكان ذلك قضاء منه على زوجها أبي سفيان وهو غائب(٢) ، ورجح في (النفقات) : أنه إفتاء(٣) .

وقال المصنف في « شرح مسلم » : لا يصح الاستدلال به ؛ لأن القضية كانت بمكة وأبو سفيان حاضر ، وشرط القضاء على الغائب أن يكون غائباً عن البلد ، أو مستتراً أو متعذراً(٤) .

واحتجوا بأن عمر رضي الله عنه قال في خطبته في قصة الأُسَيْفِع : (من كان له عليه دين . . فليأتنا غداً فإنا بائعوا ماله وقاسموه بين غرمائه)، وكان غائباً(٥) .

---

(١) أخرجه البخاري (٥٣٦٤) عن عائشة رضي الله عنها .

(٢) الشرح الكبير (١٢/ ٥١١) .

(٣) الشرح الكبير (١٠/ ٤) .

(٤) شرح صحيح مسلم (٦/ ٢٣٥) .

(٥) أخرجه مالك في « الموطأ » رواية الزهري (٢٦٨٥) ، والبيهقي في « الكبير » (٢٠٥٢٠) .

. . . .

وبأن البينة مسموعة على الغائب بالاتفاق فليجز الحكم بها ؛ كالبينة المسموعة على الحاضر الساكت .

وإنما يحكم عليه بشرطين : أن يكون للمدعي بينة ، وأن يكون جاحداً .

قال الزركشي : **وعلم من كلامه** : أنه يكلف البينة على الجحود ، وحكى الإمام فيه الاتفاق(١) .

فإن اعترف بإقراره . . لغت دعواه ، ولم تسمع بينته ؛ لتصريحه بالمنافي للسماع ؛ إذ لا فائدة فيها مع الإقرار ، وإن لم يتعرض لجحوده ولا إقراره . . **فالأصح** : أنها تسمع ؛ لأنه قد لا يعلم جحوده في غيبته ، ويحتاج إلى إثبات الحق فجعلت غيبته ؛ كالسكوت .

والثاني : لا تسمع إلا عند التعرض للجحود ؛ لأنه إنما يحتاج إليها عنده فلو قام مقام الجحود ما في معناه ؛ كما لو اشترى عيناً وخرجت مستحقة فادعى الثمن على البائع الغائب . . فلا خلاف أنها تسمع وإن لم يذكر الجحود ، وإقدامه على البيع كاف في الدلالة على جحوده ، قاله الإمام والغزالي(٢) .

وفي « فتاوي القفال » : أن هذا فيما إذا أراد إقامة البينة على ما يدعيه ليكتب القاضي به إلى حاكم بلد الغائب ، فأما إذا كان للغائب مال حاضر ، وأراد إقامة البينة على دينه ؛ ليوفيه القاضي . . فإن القاضي يسمع بينته ويوفيه ، سواء قال : هو مقر ، أو جاحد ، أو قال : لا أدري أهو مقر أو جاحد(٣) .

قال الزركشي : **والظاهر** : أنه وجه في المسألة لا تقييد .

---

(١) نهاية المطلب (١٨/ ٥٠١) .

(٢) نهاية المطلب (١٨/ ٥٠٢) ، الوسيط (٤/ ٣١٢) .

(٣) ملحق فتاوى القفال (ص : ٢٦٣) .

وَأَنَّهُ لاَ يَلْزَمُ الْقَاضِيَ نَصْبُ مُسَخَّرٍ يُنْكِرُ عَنِ الْغَائِبِ ، وَيَجِبُ أَنْ يُحَلِّفَهُ بَعْدَ الْبَيِّنَةِ : أَنَّ الْحَقَّ ثَابِتٌ فِي ذِمَّتِهِ ، . . . .

قوله : (**وأنه لا يلزم القاضي نصب مسخر ينكر عن الغائب**) لأنه قد يكون مقراً فيكون إنكار المسخر كذباً .

والثاني : نعم ؛ لتكون البينة على إنكار منكر ، قال في « المطلب » : وهو قياس المذهب في الدعوى على المتمرد .

قال الزركشي : **ومقتضى الخلاف في اللزوم** : أنه يجوز قطعاً ، لكن قال الرافعي : **إن مقتضى توجيه الأول** : المنع أيضاً[1] ، وأن الذي أورده العبادي وغيره التخيير بين النصب وعدمه .

قوله : (**ويجب أن يحلفه بعد البينة**) أي : بعد إقامتها وتعديلها (**أن الحق ثابت في ذمته**) أي : ذمة المدعى عليه ؛ لأن المدعى عليه لو كان حاضراً . . كان له أن يدعي براءته منه ويحلفه ، فينبغي للقاضي أن يحتاط له ، وهذا أقل ما يجوز .

لكن أضاف إليه في « الروضة » و« أصلها » : وجوب التسليم[2] ، ولا بد منه ؛ إذ لا يلزم من كونه في ذمته أن يستحق تسليمه الآن ؛ لجواز كونه مؤجلاً أو على معسرٍ .

وصيغة البسط في التحليف؛ كما في « المحرر » وغيره : أنه ما أبرأه من الدين الذي يدعيه ولا من شيء منه ، ولا اعتاض عنه ، ولا استوفى ، ولا أحال عليه هو ولا أحد من جهته ، بل هو ثابت في ذمة المدعى عليه ، يلزمه أداؤه[3] .

---

(١) الشرح الكبير (١٢/ ٥١٢) .
(٢) روضة الطالبين (٨/ ١٦٠) ، الشرح الكبير (١٢/ ٥١٢) .
(٣) المحرر (٣/ ١٦٥٤) .

وَقِيلَ : يُسْتَحَبُّ ، وَيَجْرِيَانِ فِي الدَّعْوَى عَلَى صَبِيٍّ أَوْ مَجْنُونٍ .

وَلَوِ ادَّعَى وَكِيلٌ عَلَى غَائِبٍ . . فَلاَ تَحْلِيفَ ، . . . .

وصرح شريح الروياني بخلاف في إيجاب البسط وعدمه ، وأشار إليه في « المطلب » .

ولا يشترط في اليمين هنا : التعرض لصدق الشهود ، بخلاف اليمين مع الشاهد ؛ لأن البينة هنا كاملة ، **وقيل** : يشترط ، وهذا هو المنصوص في « الأم » .

قوله : (**وقيل : يستحب**) لأن تدارك التحليف باق .

قوله : (**ويجريان في الدعوى على صبي أو مجنون**) أي : وميت ليس له وارث حاضر ، فإن كان . . فالتحليف موقوف على طلبه ، والوجوب هنا أولى ؛ لعجزهم عن التدارك ، لكن الخلاف مطرد فيهم .

قوله : (**ولو ادعى وكيل على غائب . . فلا تحليف**) يعني : إذا لم يدع بنفسه بل ادعى وكيله على غائب . . لا يحلف الوكيل بل يحكم بالبينة ، ويعطي المال إن كان للمدعى عليه هناك مال ؛ لأن التحليف على البت ولا سبيل إليه ، وعلى نفي العلم لا يفيد[١] .

قال الإمام البلقيني : **المعتمد عندنا** : أنه لا يقضي هنا على الغائب حتى يحضر المدعى له ويحلف اليمين الواجبة .

ثم قال : أطلق قوله : (فلا تحليف) لكن لو قال الحاضر الذي يدعي عليه الوكيل : أنت تعلم أن موكلك أبرأني فاحلف أنك لا تعلم ذلك . . ففي « أصل الروضة » عن الشيخ أبي حامدٍ : أن له تحليفه على نفي العلم بالإبراء ، ومن

---

(١) وفي (أ) : (لا يفيده) .

وَلَوْ حضَرَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ وَقَالَ لِوَكِيلِ الْمُدَّعِي : أَبْرَأَنِي مُوَكِّلُكَ. . أُمِرَ بِالتَّسْلِيمِ ، وَإِذَا ثَبَتَ مَالٌ عَلَى غَائِبٍ وَلَهُ مَالٌ. . قَضَاهُ الْحَاكِمُ مِنْهُ ، . . . . .

الأصحاب من خالفه[١] .

قوله : (**ولو حضر المدعى عليه وقال لوكيل المدعي : أبرأني موكلك. . أمر بالتسليم**) يعني : إذا كان المدعى عليه حاضراً فادعى عليه وكيل صاحب الحق للغائب ، وأقام البينة فقال المدعى عليه : موكلك الغائب أبرأني ، وأراد التأخير إلى حضوره ليحلف. . لم يجب إليه بل يؤمر بتسليم المدعى به ، ثم يثبت الإبراء من بعد إن كانت له به حجة ، قاله القفال .

وقال في « الذخائر » وصرح به العراقيون : ولا خلاف أن الوكيل يحلف على نفي البراءة ونحوها ، فلو ادعى عليه العلم بذلك. . ففي حلفه على نفي العلم وجهان ، رجح الرافعي في (كتاب الوكالة) : التحليف[٢] .

قوله : (**وإذا ثبت مال على غائب وله مال قضاه الحاكم منه**) أي : إذا طلبه المدعي ؛ لأنه نائب عنه وقد تعذر الأصل ، جزم به القفال في « فتاويه »[٣] ، ولا بد أن يقول : وحكم به ، فإن الثبوت ليس بحكم **على الأصح** .

قال الإمام البلقيني : محل قضاء الحاكم من مال الغائب : ما إذا لم يجبر الحاضر على دفع مقابله للغائب ، فإن أجبر ؛ كالزوجة تدعي بصداقها الحال قبل الدخول ، والبائع يدعي بالثمن على الغائب. . فلا يوفيا[٤] من ماله ؛ لأن

---

(١) روضة الطالبين (٨/ ١٦١) .
(٢) الشرح الكبير (٥/ ٢٣٤) .
(٣) ملحق فتاوى القفال (ص : ٢٦٣) .
(٤) كذا في النسختين .

وَإِلاَّ ؛ فَإِنْ سَأَلَ الْمُدَّعِي إِنْهَاءَ الْحَالِ إِلَى قَاضِي بَلَدِ الْغَائِبِ . . أَجَابَهُ ، فَيُنْهِي سَمَاعَ بَيِّنَتِهِ لِيَحْكُمَ بِهَا ثُمَّ يَسْتَوْفِي ، أَوْ حُكْماً لِيَسْتَوْفِيَ ، . . . .

الزوج والزوجة يجبران ، وقضية إجبارهما . . امتناع القضاء[١] ، ولأن الغائب لا يلزمه التسليم للبائع فإنه يجبر على التسليم أولاً .

وعلى القول بأنهما يجبران فكالزوجين .

ومحله أيضاً : ما إذا لم يتعلق بالمال الحاضر حق ، فإن تعلق به ؛ كبائع لم يقبض الثمن وطلب من الحاكم الحجر على المشتري الغائب حيث استحق البائع ذلك . . فإنه لا يوفيه من المال الحاضر .

قوله : (**وإلا ؛ فإن سأل المدعي إنهاء الحال إلى قاضي بلد الغائب . . أجابه فينهي سماع بينته**[٢] **ليحكم بها ثم يستوفي ، أو حكماً ليستوفي**) يعني : إذا لم يكن له مال حاضر ، وسأل المدعي المكاتبة لقاضي بلد الغائب . . فللقاضي حالان : أن يثبت عنده الحق بسماع البينة ولا يحكم . . فيجوز له الإنهاء ليحكم بالشرط الآتي ، وهو : بعد المسافة .

وما جزم به من الجواز في هذه الحالة **هو المشهور** .

الثاني : أن يثبت عنده ويحكم به . . فينهي ذلك لينفذه ؛ للإجماع ، ذكره ابن الصباغ وغيره ، ولأن الحاجة تدعو لذلك .

ولا يشترط تسمية الشاهدين على الحكم ، ولا ذكر أصل الإشهاد ، ولا تسمية شهود الحق ، بل يكفي أن يكتب : شهد عندي عدول ، ويجوز ألاَّ يصفهم بالعدالة ، ويكون الحكم بشهادتهم تعديلاً لهم ، ذكره في « العدة » ،

---

(١) وعبارة تحرير الفتاوي (٣/٦٠٧) : (وقضية إجبارهما امتناع قضاء الصداق من مال غائب) .

(٢) وفي « المنهاج » وسائر الشروح المطبوعة : (بينة) .

وَالإِنْهَاءُ : أَنْ يُشْهِدَ عَدْلَيْنِ بِذَلِكَ .

وَيُسْتَحَبُّ كِتَابٌ بِهِ . . . .

ويجوز ألاّ يتعرض لأصل الشهادة فيكتب : حكمت بكذا بحجة أوجبت الحكم ؛ لأنه قد يحكم بشاهدٍ ويمين ، وقد يحكم بعلمه إذا جوزناه .

وقيل : يجب التصريح بالحجة ، قال الزركشي : **وهو قوي** . وأما في الحال الأول . . فينص على الحجة ؛ ليعرف المكتوب إليه تلك الحجة ويسمي الشاهدين .

والأولى : أن يبحث عن حالهما وتعديلهما ؛ لأن أهل بلدهما أعرف بهما .

وهذا إذا علم بلد الغائب ، فلو لم يعلم مكانه . . كتب الكتاب مطلقاً إلى كل من يبلغه من قضاة المسلمين فمن بلغه عمل به ، قاله في « التهذيب »[(١)] .

قوله : (**والإنهاء : أن يشهد عدلين بذلك**) أي : بأنه سمع البينة خاصة ، أو حكم باستيفاء الحق ، ولو أنشأ الحكم بحضورهما . . فلهما أن يَشْهدا عليه وإن لم يُشْهِدهما .

قوله : (**ويستحب كتاب به**[(٢)]) أي : يستحب أن يكتب مع الإشهاد ؛ لأنه قد ينساه والكتابة تذكر ، ولا يجب ؛ كما جزم به في « الروضة » و« أصلها »[(٣)] لأن الاعتماد على الشهادة .

وقيل : يجب إن أوجبنا كتب السجل عند طلب الخصم ، **وقيل** : يجب مطلقاً ، حكاهما شريح .

---

(١) التهذيب (٨/ ٢٠٢) .

(٢) وفي (ب) : (كتابة به) .

(٣) روضة الطالبين (٨/ ١٦٣) ، الشرح الكبير (١٢/ ٥١٦ـ٥١٧) .

يَذْكُرُ فِيهِ مَا يَتَمَيَّزُ بِهِ الْمَحْكُومُ عَلَيْهِ وَيَخْتِمُهُ ، وَيَشْهَدَانِ عَلَيْهِ إِنْ أَنْكَرَ ، . . .

وهذا إذا طلبها الخصم ، وإلا . . فلا يجب جزماً .

قوله : (يذكر فيه ما يتميز به المحكوم عليه) أي : من اسمه ونسبه ، واسم أبيه وجده ، وقبيلته وحليته حتى يغلب على الظن عدم التباسه بغيره ، ولهذا قال الماوردي : لو كان الشهود على الغائب لا يعرفون نسبه بل يعرفونه[1] بالحلية فقط لم تفد شهادتهم في الغيبة شيئاً .

وكان ينبغي أن يقول : (والمحكوم له) .

ولو عبر بـ(الغائب وصاحب الحق) . . لكان أولى ؛ ليتناول الثبوت المجرد عن الحكم .

قوله : (ويختمه) أي : احتياطاً وإكراماً للمكتوب له ، ويكون الختم بعد أن يقرأه على الشاهدين ، أو يقرأ بين يديه عليهما ، ثم يقول لهما : اشهدا على ما فيه ، أو على حكمي المبين فيه ، ويدفع إلى الشاهدين نسخة غير مختومة ؛ ليطالعاها ويتذكرا عند الحاجة .

قوله : (ويشهدان عليه) أي : على حكم القاضي الكاتب عند القاضي المكتوب إليه (إن أنكر) أي : الغائب المدعى عليه .

والمراد : أنه إذا وصل الكتاب إلى قاضي البلد الآخر . . أحضر الخصم ، فإن أقر بالمدعى . . استوفاه ، وإلا . . فيشهد الشاهدان أن هذا كتاب القاضي فلان وختمه ، حكم فيه لفلان بكذا على هذا ، وقرأه : علينا وأشهدنا به ، ولو لم يقولوا : أشهدنا به . . جاز .

وإذا كان الكتاب إلى معين ، فشهد شاهدا الحكم عند حاكم آخر . . قبل

---

(١) وفي (ب) : (يعرفوه) .

فَإِنْ قَالَ : لَسْتُ الْمُسَمَّى فِي الْكِتَابِ. . صُدِّقَ بِيَمِينِهِ ، وَعَلَى الْمُدَّعِي بَيِّنَةٌ بِأَنَّ هَذَا الْمَكْتُوبَ اسْمُهُ وَنَسَبُهُ ، . . . .

شهادتهما وأمضاه ، وإن لم يكتب : وإلي كل من يصل إليه من القضاة ؛ اعتماداً على الشهادة .

وكذا لو مات الكاتب وشهدا على حكمه عند المكتوب إليه ، أو مات المكتوب إليه وشهدا عند من قام مقامه . . قبل شهادتهما وأمضى الحكم .

والعزل والجنون والعمى والخرس كالموت .

قوله : (**فإن قال : لست المسمى في الكتاب . . صدق بيمينه**) أي : على أنه ليس المسمى فيه ؛ لموافقته الأصل .

قوله : (**وعلى المدعي بينة بأن هذا المكتوب اسمه ونسبه**) أي : لأنه يدعي خلاف الأصل ، وهذا إذا لم يشهد على عينه بل على موصوف بالصفات التي في الكتاب ، أما لو شهد على عينه أن هذا هو المحكوم عليه . . لم يفده الإنكار ، فإن لم تكن بينة ونكل المحضر . . حلف المدعي ، وتوجه له الحكم .

نعم ؛ لو أجاب بـ : لا يلزمني تسليم شيء ، وأراد الحلف عليه . . مكِّن قطعاً ، قاله الزركشي .

وفي « الروضة » : فيما لو قال : أحلف على أنه لا يلزمني تسليم شيء إليه ، ولم يذكر في تصويره ما أجاب به . . أن الإمام والغزالي حكيا عن الصيدلاني : أنه يقبل منه اليمين ، واختارا(١) أنها لا تقبل(٢) .

---

(١) أي : الإمام والغزالي .

(٢) روضة الطالبين (٨/ ١٦٥) ، نهاية المطلب (١٨/ ٥١٣ـ ٥١٤) .

فَإِنْ أَقَامَهَا فَقَالَ : لَسْتُ الْمَحْكُومَ عَلَيْهِ . . لَزِمَهُ الْحُكْمُ إِنْ لَمْ يَكُنْ هُنَاكَ مُشَارِكٌ لَهُ فِي الاسْمِ وَالصِّفَاتِ ، وَإِنْ كَانَ . . أُحْضِرَ ؛ فَإِنِ اعْتَرَفَ بِالْحَقِّ . . طُولِبَ وَتُرِكَ الأَوَّلُ ، وَإِلاَّ . . بَعَثَ إِلَى الْكَاتِبِ لِيَطْلُبَ مِنَ الشُّهُودِ زِيَادَةَ صِفَةٍ تُمَيِّزُهُ وَيَكْتُبُهَا ثَانِياً .

وَلَوْ حَضَرَ قَاضِي بَلَدِ الْغَائِبِ بِبَلَدِ الْحَاكِمِ فَشَافَهَهُ بِحُكْمِهِ . . فَفِي . . . .

قوله : (فإن أقامها فقال : لست المحكوم عليه . . لزمه الحكم إن لم يكن هناك مشارك له في الاسم والصفات) لأن الظاهر أنه المحكوم عليه .

قوله : (وإن كان . . أحضر ؛ فإن اعترف بالحق . . طولب وترك الأول ، وإلا . . بعث إلى الكاتب ليطلب من الشهود زيادة صفة تميزه ويكتبها ثانياً) أي : إذا كان هناك من يشاركه في الاسم والصفات ، فإن عرفه القاضي أو قامت بينة أحضر ، فإن أقر . . فذاك ، وترك الأول لبيان الغلط فيه ، وإن أنكر . . بعث المكتوب إليه إلى الكاتب بما وقع من الإشكال ليطلب من الشهود مزيد صفة يتميز بها المشهود عليه من غيره ، ويكتبها ثانياً ، وإن لم يجد عندهم مراداً . . وقف الأمر حتى ينكشف .

وقوله : (ويكتبها ثانياً) يقتضي : الاقتصار على كتابة الصفة المميزة من غير حكم .

قال البلقيني : وهو ممنوع ، بل لا بد من حكم مستأنف على الموصوف بالصفة الزائدة من غير تجديد دعوى ولا حلف .

قوله : (ولو حضر قاضي بلد الغائب ببلد الحاكم[1] فشافهه بحكمه . . ففي

---

(١) وفي (ب) : (الحكم) .

إِمْضَائِهِ إِذَا عَادَ إِلَى وِلاَيَتِهِ خِلاَفُ الْقَضَاءِ بِعِلْمِهِ ، وَلَوْ نَادَاهُ فِي طَرَفَيْ وِلاَيَتِهِمَا. . أَمْضَاهُ ، . . . .

إمضائه إذا عاد إلى ولايته خلاف القضاء بعلمه) ما مر في الإنهاء بالإشهاد والكتابة ، وذكر هنا المشافهة ، والجواز مبني على تجويز القضاء بالعلم ، **وهو الأصح** .

فإن قلنا : لا يجوز . . **فالأصح** : المنع ؛ كما لا يجوز الحكم بشهادة سمعها في غير محل ولايته .

وهذا البناء لا فرق فيه بين ما علمه في موضع ولايته وغيرها ، وبه صرح الرافعي[١] ، لكن ذكر آخر الباب فيما إذا سأل عن الشهود في غير محل ولايته فعدلوا ثم عاد إلى محل ولايته . . قال ابن القاص : إن الحكم بشهادتهما مبني على القضاء بالعلم ، وخالفه أبو عاصم وآخرون ، وقالوا : القياس منعه ؛ كما لو سمع البينة خارج ولايته[٢] .

واحترز بقوله : (ببلد الحاكم) : عما لو حضر في غير بلد الحاكم وأخبره . . فليس له الإمضاء إذا عاد إلى ولايته ؛ لأن إخباره في غير ولايته ؛ كإخبار القاضي بعد العزل .

وبقوله : (بحكمه) : عما إذا شافهه بسماع البينة فقط دون الحكم . . فإنه لا يقضي بها إذا رجع إلى محل ولايته قطعاً ؛ كما قاله الإمام والغزالي ، وهو قضية كلام الرافعي هنا[٣] .

قوله : (ولو ناداه في طرفي ولايتهما . . أمضاه) يعني : إذا شافه قاض

---

(١) الشرح الكبير (١٢/ ٤٨٧) .

(٢) الشرح الكبير (١٢/ ٥١٠) .

(٣) نهاية المطلب (١٨/ ٥١٩) ، الوسيط (٤/ ٣١٤) ، الشرح الكبير (١٢/ ٥٣١) .

وَإِنِ اقْتَصَرَ عَلَى سَمَاعِ بَيِّنَةٍ . . كَتَبَ : سَمِعْتُ بَيِّنَةً عَلَى فُلاَنٍ ، وَيُسَمِّيهَا إِنْ لَمْ يُعَدِّلْهَا ، . . . .

قاضياً بسماع البينة بالمناداة من طرفي الولايتين فقال : إني سمعت البينة بكذا ، أو جوزنا قاضيين في بلد فقال أحدهما للآخر ذلك . . فهل للمقول له الحكم بذلك ؟ قال الإمام والغزالي : ينبني ذلك على أن سماع البينة وإنهاء الحال إلى قاضٍ آخر هل هو نقل لشهادة الشهود ؛كنقل الفروع شهادة الأصول ، أو حكم بقيام البينة ؟ وفيه وجهان[١] .

فعلى الأول : لا يجوز الحكم كما لا يحكم بالفرع مع حضور الأصل ، **وعلى الثاني** : يجوز ، **والصحيح** : الأول .

قوله : (**وإن اقتصر**[٢] **على سماع بينة . . كتب : سمعت بينة على فلان ، ويسميها إن لم يعدلها**) يعني : إذا اقتصر على سماع من غير حكم فطلب منه الكتابة . . فله حالان ؛ أحدهما : أن يسمع البينة ، ولا يعدلها ، ويجوز الكتابة بها ، قال الإمام : ونقل البينة دون التعديل قريب من التعطيل ؛ لأن أهل بلدهم أعرف بهم ، لكنا نجوزه للحاجة[٣] .

واعلم : أن عرف الفقهاء في سماع البينة قبولها .

فقوله في التصوير : (سمعت) لا يلائم قوله بعد (إن لم يُعَدّلْهَا) **وإنما المراد** : الحكم بأن البينة تلفظت بالشهادة التلفظ المعتبر بعد تقدم شروط ذلك ؛ من الدعوى المحررة ، والإنكار ، وطلب الشهادة .

وقوله : (ويسميها إن لم يُعَدّلْهَا) أي : يجب عليه في هذه الحالة تسمية

---

(١) نهاية المطلب (١٨/ ٥١٥) ، الوسيط (٤/ ٣١٤) .

(٢) وفي « المنهاج » المطبوع : (ولو اقتصر) .

(٣) نهاية المطلب (١٨/ ٥١٨) .

وَإِلاَّ . . فَالأَصَحُّ : جَوَازُ تَرْكِ التَّسْمِيَةِ .

وَالْكِتَابُ بِالْحُكْمِ يَمْضِي مَعَ قُرْبِ الْمَسَافَةِ ، وَبِسَمَاعِ الْبَيِّنَةِ لاَ يُقْبَلُ . . .

البينة إن حصل التعريف به ، وإلا . . زاد ما يحصل به الإعلام به فيبحث المكتوب إليه عنها .

قوله : (وإلا . . فالأصح : جواز ترك التسمية) يعني : **الحال الثاني** وهو : أن يعدلها . . **فالأصح** : أنه يجوز ترك تسمية الشاهدين ؛ كما أنه إذا حكم . . استغنى عن تسمية الشهود .

والثاني : يجب التسمية فإن المشهود عليه ربما يمكنه إثبات جرحهما عند القاضي المكتوب إليه ، والجرح يقدم ، وجزم به القاضي حسين ، وصححه البلقيني ؛ لأن الإمام نقله عن إجماع الأصحاب وهو مقتضى نص « الأم »(١) .

وذكر الرافعي : **أن القياس** : أن المكتوب إليه يأخذ بتعديل الكاتب ، وصوبه المصنف(٢) .

قال البلقيني : **والمعتمد** : أنه لا يأخذ بتعديله ؛ كما هو مقتضى النص ، ونقل الإمام عن الأصحاب . انتهى

فإن عدل الكاتب شهود الحق فجاء الخصم ببينة على جرحهم سمعت ، ويقدم على التعديل ، ويمهل ثلاثة أيام ؛ لإقامة بينة الجرح .

تنبيه : هذا إذا كانت شاهدين فلو كانت شاهداً ويميناً أو اليمين المردودة . . وجب بيانه ، فقد لا يكون بعض ذلك حجة عند المكتوب إليه .

ولو عبر المصنف بظهور الحجة . . لكان أعم .

قوله : **(والكتاب بالحكم يمضى مع قرب المسافة ، وبسماع البينة لا يقبل**

---

(١) نهاية المطلب (١٨/ ٥١٧) ، الأم (٧/ ٥٢٥) .

(٢) الشرح الكبير (١٢/ ٥٢٤) ، روضة الطالبين (٨/ ١٦٩) .

عَلَى الصَّحِيحِ إِلاَّ فِي مَسَافَةِ قَبُولِ شَهَادَةٍ عَلَى شَهَادَةٍ .

فصل

ادَّعَى عَيْناً غَائِبَةً عَنِ الْبَلَدِ يُؤْمَنُ اشْتِبَاهُهَا ؛ كَعَقَارٍ ، وَعَبْدٍ ، وَفَرَسٍ . . .

على الصحيح إلا في مسافة قبول شهادة على شهادة) يعني : أن الكتاب بالحكم يمضيه المكتوب إليه بعدت المسافة أو قربت ؛ لأن ما حكم به يلزم كل أحدٍ إمضاؤه .

وصرح في « المحرر » بقرب المسافة وبعدها[1] ، واقتصر المصنف على القرب لدلالته على البعد من طريق أولى .

وأما كتاب سماع البينة . . فلا يقبل إلا في مسافة قبول الشهادة على الشهادة ، وهي مسافة القصر ، أو فوق مسافة العدوى على الخلاف الآتي[2] ، فإن كانت المسافة دونها . . فلا يقبل ، هذا ما أورده الجمهور ، ونص عليه في « عيون المسائل » .

وقيل : تقبل مع قرب المسافة وبعدها .

قال البلقيني : **محل الخلاف** : ما إذا سمع البينة ، وأثبت ما قامت به ، فأما لو سمع البينة ، ولم يثبت ما قامت به . . فلا تقبل إلا في مسافة تقبل فيها شهادة على شهادة بلا خلاف .

(فصل)

[في غيبة المحكوم به عن مجلس الحكم]

(ادعى عيناً غائبة عن البلد يؤمن اشتباهها ؛ كعقار وعبد وفرس

---

(١) المحرر (٣/ ١٦٥٦) .

(٢) أي : في أول فصل قبيل (باب القسمة) عند قول المتن : (الغائب الذي تسمع البينة . . . من بمسافة بعيدة . . . وقيل : مسافة قصر) .

مَعْرُوفَاتٍ. . سَمِعَ بَيِّنَتَهُ وَحَكَمَ بِهَا ، وَكَتَبَ إِلَى قَاضِي بَلَدِ الْمَالِ لِيُسَلِّمَهُ لِلْمُدَّعِي ، وَيَعْتَمِدُ فِي الْعَقَارِ حُدُودَهُ ، . . . .

معروفات. . سمع بينته وحكم بها ، وكتب إلى قاضي بلد المال ليسلمه للمدعي) أي : لأنه في معنى ما سبق من إمكان إلزام التسليم .

وإنما أدخل هذا الفصل في الباب نظراً لغيبة المدعى به ، أو لأن ما سبق فيما إذا ادعى على غائب ديناً ، وهذا فيما إذا ادعى عيناً .

ولا فرق في ذلك بين خصم المدعى عليه وغيبته ، ولا بين كون المدعى به في محل ولاية القاضي أو خارجاً عنها ؛ كما أن قضاءه ينفذ على الخارج عن محل ولايته إذا قامت البينة بنسبه وصفته .

وكان الأولى أن يقول : (معروفين) كما في « المحرر » و« الروضة » تغليباً للعاقل على القاعدة[١] .

قوله : (ويعتمد في العقار حدوده) أي : الأربعة ؛ ليتميز ، ولا يجوز الاقتصار على ثلاثة ؛ كذا جزم به في « الروضة »[٢] كـ« الشرح الصغير » لكن في آخر (الأقضية) عن « فتاوى القفال » وغيره : الاكتفاء بثلاث إن عرفت بها .

ومقتضى كلامه : أن هذا أقل الواجب ، وليس كذلك ، بل يجب أن يستقصي فيه الصفات المحصلة للعلم به عند عدم المشاهدة .

وقد صرح « المحرر » باشتراط ذكر الموضع[٣] أيضاً ، فيذكر المحلة

---

(١) المحرر (٣/١٦٥٨) ، روضة الطالبين (٨/ ١٧٠) .
(٢) روضة الطالبين (٨/ ١٧٠) .
(٣) المحرر (٣/١٦٥٨) .

أَوْ لاَ يُؤْمَنُ . . فَالأَظْهَرُ : سَمَاعُ الْبَيِّنَةِ ، وَيُبَالِغُ الْمُدَّعِي فِي الْوَصْفِ وَيَذْكُرُ الْقِيمَةَ ، . . . .

والسكة ، وهل هي في أولها أو وسطها أو آخرها ؟ يمنة أو يسرة أو في الصدر ؟

والأصح : أنه لا يشترط التعرض لذكر القيمة ؛ كما أفهمه .

قوله : (**أو لا يؤمن**) أي : الاشتباه ؛ كغير المعروف من العبيد والدواب وغيرها (. . **فالأظهر** : **سماع البينة**) أي : على عينها وهي غائبة ؛ لأن الصفة تميزها عن غيرها ، والحاجة داعية إلى إقامة الحجة عليها ؛ كالعقار .

والثاني : المنع ؛ لكثرة الاشتباه .

قوله : (**ويبالغ المدعي في الوصف**) أي : إذا حكمنا بسماع البينة . . بالغ في الوصف ؛ ليحصل التمييز به (**ويذكر القيمة**) لأنه لا يصير معلوماً إلا بها .

ومقتضى كلامه هنا : أن هذا شرط مع المبالغة في الوصف ، وهو ما أورده الماوردي[١] .

وصحح الرافعي في « الدعاوى » : أنه لا يشترط ذكر القيمة بل يكفي ذكر صفات السلم ، **واقتضى كلامه** : أنه لا فرق فيه بين المثلي والمتقوم ، فإنه مثل بالحبوب والحيوان[٢] ، وكذا مثل بهما في « المحرر » هناك[٣] .

وحكى هنا قولين ؛ **أحدهما** : يتعرض بعد ذكر الجنس للأوصاف المعتبرة في السلم .

---

(١) الحاوي الكبير (٢٠/ ٢٨٨) .
(٢) الشرح الكبير (١٣/ ١٥٦) .
(٣) المحرر (٣/ ١٧١١) .

وَأَنَّهُ لاَ يَحْكُمُ بِهَا ، بَلْ يَكْتُبُ إِلَى قَاضِي بَلَدِ الْمَالِ بِمَا شَهِدَتْ بِهِ الْبَيِّنَةُ ، فَيَأْخُذُهُ وَيَبْعَثُهُ إِلَى الْكَاتِبِ لِيَشْهَدُوا عَلَى عَيْنِهِ ، . . . .

والثاني : يتعرض للقيمة ، ويكفي عن ذكر الصفات[1] .

قوله : (**وأنه لا يحكم بها**) أي : ببينة الصفة ، وهو معطوف على (الأظهر) ، أي : إذا قلنا بسماع البينة . . **فالأظهر** : أنه لا يحكم بها ؛ لأن الحاجة تندفع بسماع البينة والمكاتبة بها .

والثاني : يحكم بها ؛ كالعقار .

قال الإمام البلقيني : **والمذهب المعتمد** : أنه لا يحكم ولا يسمع البينة .

ومحل الخلاف : ما إذا لم يعلم القاضي العين التي شهد[2] بها الشهود ، فإن علم ؛ بأن كانت العين الغائبة مما هو تحت نظره من ضالة أو من مال محجوره . . حكم بالبينة ، ولا يتخرج على القضاء بالعلم .

قال : ومحله أن يشهد بملك العين من غير شهادة على إقرار المستولي عليها ، فإن شهدت على إقراره بذلك . . حكم جزماً .

فإن أنكر عند المكتوب إليه اشتمال يده على عين بتلك الصفة . . لم تسمع منه ، بل لا بد من تسليم العين أو غرم بدلها .

قوله : (**بل يكتب إلى قاضي بلد المال بما شهدت به البينة فيأخذه ويبعثه إلى الكاتب ؛ ليشهدوا على عينه**) أي : فإن وجده القاضي المكتوب إليه بالصفة التي تضمنها كتاب القاضي . . أخذه وبعث به إلى بلد الكاتب ؛ ليشهدوا على عينه ؛ ليحصل اليقين وينتفي الغلط ، فإذا شهدوا . . قضى له بالملك .

---

(١) الشرح الكبير (١٢/ ٥٢٧) .

(٢) وفي (ب) : (يشهد) .

وَالأَظْهَرُ : أَنَّهُ يُسَلِّمُهُ إِلَى الْمُدَّعِي بِكَفِيلٍ بِبَدَنِهِ ؛ فَإِنْ شَهِدُوا بِعَيْنِهِ . . كَتَبَ بِبَرَاءَةِ الْكَفِيلِ ، . . . .

قوله : (**والأظهر** : **أنه يسلمه إلى المدعي بكفيل ببدنه**) يعني : أن في طريق أخذ المكتوب إليه للعين المدعاة من المدعى عليه وتسليمها للمدعي . . قولين ؛

أظهرهما : أنه يسلمها له بكفيل ببدنه ، **وقيل** : بقيمة المال .

والثاني : أن القاضي يبيعها للمدعي ثم يقبض منه الثمن للمدعى عليه ، وهو بيع يتولاه القاضي للمصلحة ؛ كما يبيع الضوال .

وظاهر قوله : (ببدنه) عود الضمير إلى المدعي ، وبه صرح الإمام[١] .

قال الزركشي : **والظاهر** : اعتبار من يكفل بدن العبد فقط .

وقضيته : إن أخذ الكفيل واجب ، وهو ما عزاه الرافعي للأرْغِيَاني واقتصر عليه[٢] ، لكن حكى الإمام فيه خلافاً ، ورجح الاستحباب[٣] .

ومقتضاه : أنه لا يحتاج بعد الكفيل إلى أمر آخر ، وفي « أدب القضاء » لابن القاص فيما إذا كان الكتاب كتاب حكم لا يسلمه حتى يحلفه المكتوب إليه أن هذا هو الذي شهد له به عند القاضي الكاتب .

قال الزركشي : وينبغي طرده هنا .

قوله : (**فإن شهدوا بعينه . . كتب ببراءة الكفيل**) أي : بعد تتميم الحكم وتسليم العين إلى المدعي ، ولا يحتاج إلى إرسال **على المشهور** .

---

(١) نهاية المطلب (١٨/ ٥٢٣) .
(٢) الشرح الكبير (١٢/ ٥٢٨) .
(٣) نهاية المطلب (١٨/ ٥٢٣) .

وَإِلاَّ . . فَعَلَى الْمُدَّعِي مُؤْنَةُ الرَّدِّ .

أَوْ غَائِبَةً عَنِ الْمَجْلِسِ لاَ الْبَلَدِ . . أُمِرَ بِإِحْضَارِ مَا يُمْكِنُ إِحْضَارُهُ لِيَشْهَدُوا بِعَيْنِهِ . . . .

قوله : (وإلا) أي : وإن لم يشهدوا (. . **فعلى المدعي مؤنة الرد**) أي : إلى مكانه ؛ لظهور تعديه ويكون مضموناً عليه ؛ كما حكاه ابن الرفعة عن البندنيجي[١] .

وقال في « المطلب » : أطلق الأصحاب إن قلنا : لا يباع . . أنه يجب رده إلى الموضع الذي تسلمه منه ، وعليه مؤنة الرد ، **ثم يظهر أن المراد بها** : ما زاد بسبب السفر حتى لا تندرج فيه النفقة الواجبة بسبب الملك ، ولا يقال : بل يجب ؛ لأنه يدعي ملكه فهو مؤاخذ بإقراره ؛ لأن هذا معارض بإنكار صاحب اليد ، وهو مقرر على دعواه ، فإيجابها عليه أولى من إيجابها على المدعي الذي لم يقررها الشرع . انتهى

وقال العراقيون : يلزمه مع ذلك أجرة مثله لتلك المدة ؛ لأنه عطل منفعته على صاحبه بغير حق ، حكاه الزركشي .

قوله : (**أو غائبة عن المجلس**) أي : مجلس الحكم (**لا البلد . . أمر بإحضار ما يمكن إحضاره ليشهدوا بعينه**) لأن المدعي يتصل بذلك إلى حقه فوجب ؛ كما يجب على المدعى عليه الحضور عند الطلب .

وقضية قوله : (**لا البلد**) : أن القريبة من البلد والبعيدة سواء حتى لو كانت منه على ميل أو فرسخ مثلاً . . أنها كالغائبة ، وإن كانت في عمله . . **فالأشبه** ؛ كما قاله في « المطلب » : أن ما كان خارجاً عن البلد بموضع يجب

---

(١) كفاية النبيه (١٨/ ٤١٤) .

وَلاَ تُسْمَعُ شَهَادَةٌ بِصِفَةٍ .

الإعداء إليه ؛ كالذي في البلد ؛ لاشتراك الحالين في إيجاب الخصم .

واحترز بقوله : (ما يمكن) : عما لا يمكن إحضاره ؛ كالعقار فيجده المدعي ، ويقيم البينة عليه بتلك الحدود ، فإن شهدوا بعينه دون الحدود . . بعث القاضي من يسمع البينة عليه أو يحضر بنفسه .

وأما ما يعسر إحضاره ؛ كالشيء الثقيل أو ما نبت في الأرض وأورث قلعه ضرراً . . فكالعقار .

فلو عبر بتيسر الإحضار . . كان أشمل .

قوله : **(ولا تسمع شهادة بصفة)** لأنه إنما جاز السماع حالة غيبته عن البلد ؛ للحاجة ، وهي منتفية هنا ، وهذا ما عزاه الرافعي لـ« فتاوى القفال »[1] كما لا تسمع في غيبة المدعى عليه عن المجلس .

واستثنى البلقيني : ما إذا عرفه القاضي بدون إحضاره ؛ كما ذكره الإمام والغزالي[2] .

وقال الرافعي : هو واضح إن كان معروفاً عند الناس أيضاً ، وإن اختص هو بمعرفته ، وعلم صدق المدعي . . فكذلك ؛ تفريعاً على القضاء بالعلم ، وإلا . . فالبينة قامت بالصفة ، فإذا لم تسمع بالصفة . . امتنع الحكم[3] .

واستثنى أيضاً : ما إذا شهدت البينة بإقرار المدعى عليه باستيلائه على كذا ، ووصفه الشهود . . فإنها تسمع .

وأفهم نفي الاقتصار على سماع الشهادة بالصفة : جواز الدعوى بها ، وبه

---

(١) الشرح الكبير (١٢/ ٥٣١) .

(٢) نهاية المطلب (١٨/ ٥٢٩ـ ٥٣٠) ، الوجيز (ص : ٤٨٦) .

(٣) الشرح الكبير (١٢/ ٥٣١) .

وَإِذَا وَجَبَ إِحْضَارٌ فَقَالَ : لَيْسَ بِيَدِي عَيْنٌ بِهَذِهِ الصِّفَةِ . . صُدِّقَ بِيَمِينِهِ ، ثُمَّ لِلْمُدَّعِي دَعْوَى الْقِيمَةِ ، فَإِنْ نَكَلَ فَحَلَفَ الْمُدَّعِي ، أَوْ أَقَامَ بَيِّنَةً . . كُلِّفَ الإِحْضَارَ وَحُبِسَ عَلَيْهِ ، وَلاَ يُطْلَقُ إِلاَّ بِإِحْضَارٍ أَوْ دَعْوَى تَلَفٍ .

صرح في « البسيط » فقال : والدعوى بالعبد الذي لا يعرفه القاضي بعينه مسموعة على الوصف لا محالة ، وقد لا يقدر المدعي على إحضار العبد وهو في يد الخصم .

قوله : (**وإذا وجب إحضار فقال : ليس بيدي عين بهذه الصفة . . صدق بيمينه**) أي : عملاً بالأصل ، ويكون يمينه على حسب جوابه .

وهذا إذا لم تكن بينة للمدعي باشتمال يده على عين بالصفة المذكورة ، فإن أقام بينة بأن هذا العبد الموصوف رأيناه في يده . . ألزم بإحضاره .

قوله : (**ثم للمدعي دعوى القيمة**) لاحتال أنها هلكت ، وعلى هذا : لا يحتاج إلى تكرار دعوى وطول مخاصمة .

وقضية إطلاقه : أنه لا فرق في دعوى القيمة بين أن تكون العين متقومة أو مثلية .

قال الزركشي : ويشبه تخصيصه بالمتقوم ، فإن كانت مثلية . . ادعى المثل ؛ لأنه يضمن به ، أو ينظر في دعواه ؛ فإن ادعى أخذه منه على جهة المعاوضة . . فيدعي بالقيمة ، وإلا . . فبالمثلي ؛ كما قال الروياني في نظيره .

قوله : (**فإن نكل فحلف المدعي أو أقام بينة**) أي : على أن في يده مثله أو الشهادة على إقراره (. . **كلف الإحضار**) أي : ليشهدوا على عينه (**وحبس عليه**) أي : إن امتنع ولم يبين عذراً . . حبس (**ولا يطلق إلا بإحضار**) أي : بالإحضار التي حبس عليها ، (**أو دعوى تلف**) أي : وتؤخذ منه القيمة .

وإنما قبلنا دعواه بالتلف مع مناقضته لقوله الأول ؛ لضرورة أنه قد يكون

وَلَوْ شَكَّ الْمُدَّعِي هَلْ تَلِفَتِ الْعَيْنُ فَيَدَّعِي قِيمَةً أَمْ لاَ فَيَدَّعِيهَا ، فَقَالَ : غَصَبَ مِنِّي كَذَا ، فَإِنْ بَقِيَ لَزِمَهُ رَدُّهُ ، وَإِلاَّ فَقِيمَتُهُ ؟ . . سُمِعَتْ دَعْوَاهُ ، وَقِيلَ : لا ، بَلْ يَدَّعِيهَا وَيُحَلِّفُهُ ثُمَّ يَدَّعِي الْقِيمَةَ ، وَيَجْرِيَانِ فِيمَنْ دَفَعَ ثَوْباً لِدَلاَّلٍ لِيَبِيعَهُ فَجَحَدَهُ وَشَكَّ هَلْ بَاعَهُ . . . .

صادقاً ، وإلا . . لتخلد عليه الحبس .

ومقتضى إطلاقه قبول دعوى التلف : أنه لا فرق بين أن يسنده إلى سبب خفي أو ظاهر ، وينبغي في دعوى التلف بالظاهر : أنه لا يقبل قوله ، ويكلف البينة على وجود السبب ؛ كما سبق في (الوديعة)[١] قاله الزركشي .

قوله : (**ولو شك المدعي هل تلفت العين فيدعي قيمة أم لا فيدعيها ، فقال : غصب مني كذا ، فإن بقي لزمه رده ، وإلا فقيمته ؟ . . سمعت دعواه**) أي : **في الأصح** ؛ للحاجة ، وإنما قبلت مع التردد ؛ لأنه صرح فيها بمقتضى حكم الغصب ، وعلى هذا : فيحلف أنه لا يلزمه رد العين ولا قيمتها .

وقوله : (وإلا . . فقيمته) أي : إن كان متقوماً فإن كان مثلياً . . طالب بمثله .

قوله : (**وقيل : لا ، بل يدعيها**) أي : يدعي العين (**ويحلفه**) أي : عليها (**ثم يدعي القيمة**) أي : بعد حلفه ينشىء الدعوى للقيمة ، ويحلف عليها ؛ لأن الدعوى المردودة غير جازمة ، ورجحه الإمام البلقيني تبعاً لمقتضى كلام الإمام والغزالي[٢] .

قوله : (**ويجريان فيمن دفع ثوباً**[٣] **لدلال ليبيعه فجحده وشك هل باعه**

---

(١) أي : في أواخر (كتاب الوديعة) عند قول المتن : (وإن ادّعى تلفها . . .)إلخ .

(٢) نهاية المطلب(١٨/ ٥٣٢) ، الوجيز (ص : ٤٨٦) .

(٣) وفي « المنهاج » المطبوع : (دفع ثوبه) .

فَيَطْلُبُ الثَّمَنَ ، أَمْ أَتْلَفَهُ فَقِيمَةً ، أَمْ هُوَ بَاقٍ فَيَطْلُبُهُ ؟

وَحَيْثُ أَوْجَبْنَا الإِحْضَارَ فَثَبَتَتْ لِلْمُدَّعِي . . اسْتَقَرَّتْ مُؤْنَتُهُ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ ، وَإِلاَّ . . فَهِيَ وَمُؤْنَةُ الرَّدِّ عَلَى الْمُدَّعِي .

فيطلب الثمن ، أم أتلفه فقيمة[1] ، أم هو باق فيطلبه ؟) أي : **فعلى الأصح** : يدعي أن عليه رد الثوب أو ثمنه ـ إن باعه وأخذ ثمنه ـ أو قيمته ، ويحلف الخصم يميناً واحدة بأنه لا يلزمه تسليم الثوب ، ولا ثمنه ولا قيمته ، ولا تقام البينة عليه على التردد .

وعلى الثاني : يدعي العين في دعوى ، والقيمة في أخرى ، والثمن في أخرى ، ولو نكل المدعى عليه عن اليمين . . ففي حلف المدعي على التردد ؛ كما في الدعوى وجهان ، حكاهما الرافعي في (الدعاوى) عن الإمام[2] .

ولو عين خصلة ، وادعى بها ، فنكل الخصم . . قال الإمام : ففي حلفه إشكال ؛ لاحتمال خلافه ، قال : لكن الذي دل عليه كلام القاضي أن المدعي يعتمد نكوله فيحلف ، قال : وهو حسن ؛ كما لو ادعى المودع تلف الوديعة فحلفناه فنكل . . فللمودع أن يحلف تعويلاً على نكوله[3] .

قوله : (**وحيث أوجبنا الإحضار**) أي : إحضار العين على المدعى عليه فأحضرها ؛ كما قاله في « المحرر »[4] (**فثبتت للمدعي . . استقرت مؤنته**) أي : مؤنة الإحضار (**على المدعى عليه**) لظهور تعديه (**وإلا**) أي : وإن لم نوجب الإحضار (. . **فهي ومؤنة الرد**) أي : الذي دفعه (**على المدعي**) لأنه الملجئ إلى الغرامة .

---

(١) وفي « المنهاج » المطبوع : (فقيمته) .
(٢) الشرح الكبير (١٣/ ١٧٢) ، نهاية المطلب (١٩/ ١٩٤) .
(٣) نهاية المطلب (١٩/ ١٩٤) .
(٤) المحرر (٣/ ١٦٦٠) .

فصل

الْغَائِبُ الَّذِي تُسْمَعُ الْبَيِّنَةُ وَيُحْكَمُ عَلَيْهِ : مَنْ بِمَسَافَةٍ بَعِيدَةٍ ، وَهِيَ الَّتِي لاَ يَرْجِعُ مِنْهَا مُبَكِّرٌ إِلَى مَوْضِعِهِ لَيْلاً ، وَقِيلَ : مَسَافَةُ قَصْرٍ ، . . . .

(فصل)

[في ضابط المحكوم عليه ، وبيان غيبته المشترطة في الحكم عليه]

(الغائب الذي تسمع البينة ويحكم عليه : من بمسافة بعيدة ، وهي التي لا يرجع منها مبكر إلى موضعه ليلاً ، وقيل : مسافة قصر) أي : إنما تسمع البينة على الغائب ، ويحكم عليه إذا بعد عن البلد .

وفي ضابطه وجهان ؛ أصحهما : مسافة العدوى المذكورة ؛ لما في إيجاب الحضور عليه منها من المشقة الحاصلة بمفارقة الأهل والوطن في الليل .

والثاني : مسافة القصر ؛ اعتباراً بالعادة ، فإن كان دون ذلك . . لم يحكم إلا بحضوره ؛ لتيسره .

وهذا إذا كان الخصم الخارج عن البلد في محل ولاية القاضي ، فإن كان خارجاً عنها . . فالقرب والبعد سواء ، فيجوز أن تسمع الدعوى عليه والبينة ، ويحكم ويكاتب ، قاله الماوردي وغيره[١] .

وقوله : **(التي لا يرجع منها مبكر)** **صوابه** : التي لا يصل إليها ليلاً من يخرج بكرة من موضعه ، قال في « التحرير » : لو قال : (مبكر منها) . . لاستقام ، وهو مراده[٢] .

---

(١) الحاوي الكبير (٢٠/ ٢٨٥) .

(٢) تحرير الفتاوي (٣/ ٦٢٠) .

وَمَنْ بِقَرِيبَةٍ كَحَاضِرٍ . فَلاَ تُسْمَعُ بَيِّنَةٌ وَلاَ يُحْكَمُ بِغَيْرِ حُضُورِهِ إلاَّ لِتَوَارِيهِ أَوْ تَعَزُّزِهِ ، . . . .

قوله : (**ومن بقريبة كحاضر . . فلا تسمع بينة ولا يحكم**[1] **بغير حضوره**) أي : **على الأصح** ؛ لأن القضاء مبني على الفصل بأقرب الطرق ، ولو حضر فربما أقر وأغنى عن البينة والنظر فيها .

وهذا التفصيل هو المشهور في طريقة المراوزة .

وكلام العراقيين يفهم : جواز القضاء على الغائب عن البلد قربت المسافة أو بعدت .

وقال صاحب « البيان » : إنهم لم يشترطوا حداً في الغيبة ، وإنما اشترطوا خروجه عن البلد[2] .

ويجري الخلاف فيما إذا كان بالبلد ، ويتأتى إحضاره ، كذا أطلقه الرافعي وغيره[3] .

قال الزركشي : ويشبه تخصيصه بما إذا كان جميع البلد في ولاية القاضي ، فإن كان موضع الخصم منه ليس في ولايته . . فيشبه أن يكون ؛ كما إذا كان الخصم خارج البلد في موضع لا حكم للقاضي فيه .

وإذا قلنا : تسمع البينة على الحاضر . . فلا يحكم عليه **في الأصح** ؛ ليأتي بطعن إن أمكنه ، بخلاف الغائب عن البلد فإن انتظاره يطول .

ويجريان في الحاضر بمجلس الحكم هل تسمع البينة ، ويحكم من غير سؤاله ؟ والمنع ههنا أولى .

قوله : (**إلا لتواريه أو تعززه**) أي : فالمذهب : سماع البينة والحكم

---

(١) كذا في النسختين! وفي « المنهاج » المطبوع : (فلا تسمع بينته ويحكم) .
(٢) البيان (١٣/ ١٠٦) .
(٣) الشرح الكبير (١٢/ ٥٣٣) .

وَالأَظْهَرُ : جوَازُ الْقَضَاءِ عَلَى غَائِبٍ فِي قِصَاصٍ وَحَدِّ قَذْفٍ ، وَمَنْعُهُ فِي حُدُودِ اللهِ تَعَالَى .

عليه ؛ لتعذر الوصول إليه كالغائب ، وإلا . . لاتخذ الناس التواري والامتناع ذريعة لإبطال الحقوق ، وحكى القاضي حسين في موضعٍ الاتفاقَ عليه .

وقيل : لا يلحق الامتناع بالعجز ؛ كما لا يلحق منع الثمن والمهر بالعجز في حق ثبوت الفسخ للبائع والمرأة .

وعلى الأول : **الأصحُّ** : تحليف المدعي . ثم الخلاف فيما إذا لم يحضر مجلس الحكم أولاً ، فلو كان قد حضره وهرب قبل أن تسمع البينة عليه ، أو بعد ما سمعت وقبل الحكم . . فإنه يحكم عليه بلا خلافٍ ، قاله القاضي حسين .

قوله : (**والأظهر : جواز القضاء على غائب في قصاص وحد قذف ، ومنعه في حدود الله تعالى**)[1] أي : كالزنا والشرب إذا اعترف بها عند القاضي الكاتب ، أو قامت عليه البينة بها ثم هرب .

والفرق : أن المقصود بالكتاب الاستيثاق ، وحق الله تعالى بني على المسامحة والدرء بخلاف حق الآدمي .

والثاني : الجواز مطلقاً ؛ كالأموال .

والثالث : المنع مطلقاً .

وما اجتمع فيه حق الله تعالى وحق الآدمي ؛ كالسرقة . . يقضى فيها على الغائب بالمال دون القطع ، قاله أبو الطيب وغيره .

وحقوق الله تعالى المالية كحقوق الآدمي **على المذهب** ؛ فلهذا عبر

---

(١) وفي « المنهاج » المطبوع : (في حدّ لله تعالى) .

وَلَوْ سَمِعَ بَيِّنَةً عَلَى غَائِبٍ فَقَدِمَ قَبْلَ الْحُكْمِ . . لَمْ يَسْتَعِدْهَا ، بَلْ يُخْبِرُهُ وَيُمَكِّنُهُ مِنَ جَرْحٍ ، . . . .

المصنف بالحد دون الحق .

وقال الزركشي : يشبه تخصيص الخلاف بما إذا لم تحضر البينة ، فلو حضرت وحكم عليه ، وغاب قبل الاستيفاء . . ساغ قطعاً ، ومقتضاه : جواز المكاتبة ليأخذ بالعقوبة .

ومقتضى إطلاقه تبعاً للجمهور : أنه لا فرق بين أن يتضمن الثبوت فقط أو مع الحكم .

وفي « الإبانة » : أن الخلاف في كتاب النقل ، فأما في كتاب الحكم . . فتقبل قطعاً في العقوبتين .

قال في « المطلب » : لكنه حكى في (الأقضية) في جواز الحكم بها على الغائب قولاً ، فليحمل ما ذكره هنا على ما إذا وقع الحكم بحضوره ثم غاب قبل الاستيفاء .

قوله : (**ولو سمع بينة على غائب فقدم قبل الحكم . . لم يستعدها**) قال في « المطلب » : لا خلاف في ذلك وإن كان حكمه يتوقف على إعلامه بالشهادة **في الأصح** .

وأفهم قوله : (**قبل الحكم**) : عدم الاستعادة بعده من طريق أولى .

قوله : (بل يخبره ويمكنه من جرح) أي : ما يمنع شهادتهم عليه من عداوة ، ويقدم على بينة التعديل .

قال الرافعي : ويشترط أن يؤرخ الجارح فسقه بيوم الشهادة ؛ لأنه إذا

وَلَوْ عُزِلَ بَعْدَ سَمَاعِ بَيِّنَةٍ ثُمَّ وُلِّيَ . . وَجَبَتِ الاسْتِعَادَةُ .

أطلق . . احتمل حدوثه بعد الحكم[١] .

ومقتضى تقييده بما قبل الحكم : أنه لا يخبر فيما بعده ، وفي « الحاوي » : لو حضر الخصم بعد الحكم ، وسأل القاضي بيان الحجة . . ينظر ؛ فإن كان قد حكم عليه بالإقرار . . لم يلزمه ذكره ؛ لأنه لا يقدر على دفعه بالبينة ، وإن حكم بنكوله ويمين المدعي . . لزمه ذكره ؛ لأنه يقدر على دفعه بالبينة ، وإن حكم بالبينة . . نظر ؛ فإن كان الحكم بحق في الذمة . . لم يلزمه ذكرها ؛ لأنه لا يقدر على دفعها ، وإن كان يعين قائمة . . لزمه ذكرها ؛ لأنه يقدر على مقابلتها بمثلها فترجح بينته باليد[٢] .

ثم إذا ذكرها إما بعد السؤال أو قبله ، فسأله تعيينهم ؛ فإن كانوا من الذين يحتاج إلى إعادة تزكيتهم . . وجب عليه تسميتهم له ، وإن كانوا ممن استقرت عدالتهم ، ولا تعاد المسألة عنهم . . لم يلزمه ذلك .

قوله : (**ولو عزل بعد سماع بينة ثم ولي . . وجبت الاستعادة**) أي : ولا يحكم بالسماع الأول ، وحكى الإمام فيه الاتفاق ؛ لأنه بطل بالعزل[٣] ، وحكى البغوي في (باب القسامة) وجهاً أنه لا يستعيد[٤] ، وبناه في « المطلب » على القضاء بالعلم ؛ لأنه إذا سمعها في زمن ولايته . . فقد حصل له علم بقيامها ، وقد سبق[٥] : أنه لو سمعها في محل ولايته ثم خرج عنه ثم عاد . . لم يستعدها **على الأصح** ؛ لبقاء ولايته ، وإنما فُقد شرط نفوذ الحكم .

---

(١) الشرح الكبير (١٢/ ٥٣٨) .
(٢) الحاوي الكبير (٢/ ٢٣٦) .
(٣) نهاية المطلب (١٨/ ٥٣٧) .
(٤) التهذيب (٧/ ٢٤٢) .
(٥) أي : آنفاً في المتن .

وَإِذَا اسْتُعْدِيَ عَلَى حَاضِرٍ بِالْبَلَدِ . . أَحْضَرَهُ . . . .

وقال في « الذخائر » : إن الصورتين سواء ؛ لأنه قد تخلل بينهما ما يزيل الولاية ، ويمنع من الحكم بالبينة .

وأطلق الرافعي والنووي في صورة الكتاب : وجوب الاستعادة[(١)] ، وقال في « الكفاية » : لعله محمول على حالة وجود الشهود ؛ كما يرشد إليه قوة الكلام، أو محمول على سماع البينة دون الحكم بقبولها، وإليه يرشد التصوير .

قوله : (وإذا استعدي على حاضر بالبلد . . أحضره) أي : وجوباً إذا لم يعلم كذبه ؛ كما قاله الماوردي[(٢)] وغيره .

ولا يشترط ثبوت الحق عند القاضي في هذه المسألة ، وسواء عرف بينهما معاملة أو لا ، من أهل الصيانة وغيرها **على الصحيح** .

وقال ابن سريج : يحضر ذوي المروءات في داره لا في المجلس ، وعن الإصطخري : لا تسمع دعوى السفلة على العظيم القدر في أمرٍ يبعد وقوعه ، وهو جار في الأعداء من طريق الأولى .

وقضية إيجاب الإحضار : وجوب الحضور ، وهو كذلك ؛ لقوله تعالى : ﴿ إِنَّمَا كَانَ قَوْلَ ٱلْمُؤْمِنِينَ ﴾ [النور : ٥١] الآية ، قال الإمام : وذلك لأجل إجابة القاضي حتى لو لم يطلبه القاضي ، وطلبه الخصم . . لم يجب الحضور بل الواجب الإيفاء إن كان عليه[(٣)] ، لكن المذكور في « الحاوي » و« المهذب » و« البيان » وجوب الحضور مطلقاً ؛ لظاهر الآية[(٤)] .

---

(١) الشرح الكبير (١٢/ ٥٣٧) ، روضة الطالبين (٨/ ١٧٧) .
(٢) الحاوي الكبير (٢٠/ ٢٨٤) .
(٣) نهاية المطلب (١٨/ ٥٣٥ـ٥٣٦) .
(٤) الحاوي الكبير (٢٠/ ٢٨٣) ، المهذب (٣/ ٣٩٤) ، البيان (١٣/ ٨٢) .

بِدَفْعِ خَتْمِ طِينٍ رَطْبٍ أَوْ غَيْرِهِ أَوْ بِمُرَتَّبٍ لِذَلِكَ ، . . . .

فائدة : (**استعدي**)[١] هو : من أعدى عليه الحاكم يعدي ؛ أي : يزيل العدوان ، والعداء وهو الظلم ؛ كقوله : يشكيك ؛ أي : يزيل شكواك .

قوله : (**بدفع ختم طين رطب أو غيره أو بمرتب لذلك**) لما روى البزار في « مسنده » عن نعيم بن حكيم عن أبي مريم عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه : أن امرأة الوليد بن عقبة جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم تشكو إليه الوليد ، فقال لها : « **ارْجِعِي فَقُولِي لَهُ : إِنَّ رَسُولَ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَدَ أَجَارَنِي** » ، ثم جاءت فقالت : يا رسول الله ؛ ما أَقْلَعَ عني ، قَالَ : فقطع رسول الله صلى الله عليه وسلم هدبة من ثوبه وقال : « **اذْهَبِي بِهَذِهِ ، وَقُولِي لَهُ : إِنَّ رَسُولَ اللهَ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ : هَذِهِ هُدْبَةٌ مِنْ ثَوْبِي** » فانطلقت . . . الحديث .

فيه من الفقه : إباحة العدوى على الخصم إذا لم يحضر مع خصمه ؛ لأن الهدبة إعداء عليه ليحضر مثل الخاتم[٢] .

قال الزركشي : وإسناده حسن ، أبو مريم وثقه النسائي وغيره ، ونعيم بن حكيم وثقه ابن معين وغيره ، وفيه مقال .

وإنما ذكر الأصحاب وقع الطين ؛ لأنه كان عادة قضاة السلف وقد هجر ذلك ، وجعلوا الكتاب في الكاغد ، **وهو أولى** .

وظاهر عبارة الكتاب : التخيير بين ختم الطين والمرتب ، وبه صرح في « الكافي » وغيره ، ويجوز أن يريد به التنويع بحسب ما يؤدي إليه الاجتهاد من قوة الخصم وضعفه .

---

(١) وفي (أ) : (قوله : « وإذا استعدي ») .

(٢) مسند البزار (٧٦٨) .

فَإِنِ امْتَنَعَ بِلاَ عُذْرٍ . . أَحْضَرَهُ بِأَعْوَانِ السُّلْطَانِ وَعَزَّرَهُ ، أَوْ غَائِبٍ فِي غَيْرِ مَحَلِّ وِلاَيَتِهِ . . فَلَيْسَ لَهُ إِحْضَارُهُ ، أَوْ فِيهَا وَلَهُ هُنَاكَ نَائِبٌ . . لَمْ يُحْضِرْهُ ، بَلْ يَسْمَعُ بَيِّنَتَهُ وَيَكْتُبُ إِلَيْهِ ، . . . .

قوله : (فإن امتنع بلا عذر . . أحضره بأعوان السلطان وعزره) أي : بما يراه من الضرب أو الحبس أو الكلام ، ويكون بحسب المصلحة .

وعطف المصنف التعزير على الإحضار يقتضي : وجوبه ، وليس كذلك ، بل له العفو إن رآه .

وأجرة العون في هذه الحالة على المطلوب في **الأصح** ؛ لامتناعه ، وإنما يثبت امتناعه بشاهدين .

قال الماوردي والروياني : وإنما يحتاج إليهما إذا كان المبعوث الخصم ، فإن كان العون . . كفى قوله من غير بينة[١] ، وجزم به شريح ، وعلله بأنه من باب الإخبار ، ولا بد من ظهور ثقته .

واحترز بقوله : (بلا عذرٍ) عن المعذور بمرضٍ وحبس ظالمٍ ، فإنه يبعث إليه من يحكم بينهما أو يأمره بالتوكيل .

قوله : **(أو غائب في غير محل ولايته . . فليس له إحضاره)** أي : لو استحضره . . لم تلزمه إجابته ؛ إذ لا ولاية له عليه ، وحينئذ فللمدعي الدعوى عليه بغيبته .

قوله : (أو فيها وله هناك نائب . . لم يحضره ، بل يسمع بينته ويكتب إليه) أي : لما في إحضاره من المشقة مع وجود الحكم[٢] ، **وقيل** : يلزمه إحضاره إذا طلبه الخصم .

---

(١) الحاوي الكبير (٢٠/ ٢٨٤) ، بحر المذهب (١٤/ ٩٠) .

(٢) كذا في (أ) و(ب) ، وعبارة « مغني المحتاج » : (٦/ ٣٢٤) : (مع وجود الحاكم) .

أَوْ لاَ نَائِبَ. . فَالأَصَحُّ : يُحْضِرُهُ مِنْ مَسَافَةِ الْعَدْوَى فَقَطْ ، وَهِيَ : الَّتِي يَرْجِعُ مِنْهَا مُبَكِّرٌ لَيْلاً ، . . . .

وقيل : يتخير بين إحضاره أو سماعه والكتابة إلى نائبه ، حكاه الرافعي عن السرخسي ، وجزم به الماوردي(١) .

والضمير في قوله : (**إليه**) للنائب .

قوله : (**أو لا نائب . . فالأصح : يحضره من مسافة العدوى فقط ، وهي التي يرجع منها مبكر ليلاً**) أي : إلى موضعه .

والثاني : إن كان دون مسافة القصر . . أحضره ، وإلا . . فلا .

والثالث وبه قطع العراقيون : يحضره ، سواء أقربت المسافة أم بعدت ، **وظاهر كلام** « **الروضة** » و« **أصلها** » : ترجيحه(٢) .

ويشترط : ألاّ يحضره إلا بعد تحرير الدعوى وصحة سماعها ؛ لأنه يجوز أن يدعي ما لا تصح فيه الدعوى ؛ كما صرح به العراقيون ومنهم الماوردي والجرجاني وغيرهما ، وجزم به في « البيان » و« الاستقصاء » ، وأقر المصنف الشيخ عليه في « التصحيح »(٣) .

وقضيته : تعين الإحضار ، لكن قال العراقيون : إن رأى أن يرسل إليه من يحكم بينهما . . فعل .

وربما يفهم كلامه : أن القاضي لا يجب عليه الإنابة فيما بعد مطلقاً ، وليس كذلك ، قال الإمام : إذا كان في ولاية القاضي ناحية . . فلا يجوز له

---

(١) الشرح الكبير (١٢/ ٥٣٥) .
(٢) روضة الطالبين (٨/ ١٧٦) ، الشرح الكبير (١٢/ ٥٣٦) .
(٣) الحاوي الكبير (٢٠/ ٢٨٦) ، البيان (١٣/ ٨٤) .

وَأَنَّ الْمُخَدَّرَةَ لاَ تُحْضَرُ ، وَهِيَ مَنْ لاَ يَكْثُرُ خُرُوجُهَا لِلْحَاجَاتِ .

إخلاؤه من مستخلَف[١] .

قوله : (**وأن المخدرة لا تحضر**) أي : لا تكلف الحضور للدعوى وإن كانت حاضرة ، وصرح الصيمري في « الإيضاح » بأنه على التنزيه ، وهو معطوف على (**الأصح**) .

وحكى القاضي حسين عن نص الشافعي : أنها تؤمر بالتوكيل ، فإن توجهت عليها يمين أنفذ إليها من يحلفها[٢] .

وقال : إن صاحب « التقريب » قال به .

وجزم الماوردي والبغوي وغيرهما بإحضارها للتحليف في التغليظ بالمكان[٣] ، واختاره ابن أبي الدم .

ومقابل **الأصح** : أنه يلزمها الحضور ، وبه جزم القفال في « فتاويه » ، وقال الإمام : **هو متجه في القياس وإن كان المعظم على خلافه**[٤] .

قوله : (**وهي**) أي : المخدرة (**من لا يكثر خروجها للحاجات**)[٥] أي : المتكررة ؛ كشراء الخبز والقطن ، وبيع الغزل ونحوه .

والأصح : أنها لو خرجت نادراً لشراء أو زيارة أو حمام.. لا يؤثر في التخدير ؛ كما أفهمه .

---

(١) نهاية المطلب (١٨/ ٥٣٧) .

(٢) الأم (٨/ ٤١٧) .

(٣) الحاوي الكبير (٢١/ ٧٦) ، التهذيب (٨/ ٢٠٥) وما في الكتابين مخالف لما هنا ، ولعله من كتب أخرى لهما .

(٤) نهاية المطلب (١٨/ ٥٧٩) .

(٥) وفي « المنهاج » المطبوع : (لحاجات) .

. . . .

وقيل : هي : التي لا تخرج أصلاً إلا لضرورة .

وفي « الشامل » : أنها التي لا تخاطب الرجال ، ولا تحضر المواسم والأعراس .

وقال ابن أبي الدم : **الأولى** : رد ذلك إلى العرف واتباع العادات .

وأفهم : أن غير المخدرة تحضر ، وهي **البَرزة** بفتح الباء ؛ أي : التي تبرز لقضاء حوائجها .

ولم يفرقوا بين الخلية والمزوجة ، منَعَها الزوج أو لا ؛ لئلا تضيع الحقوق ، ويحتمل تعطيل حق الزوج في هذا الزمن اليسير ، والله أعلم .

* * *

بَابُ الْقِسْمَةِ

قَدْ يَقْسِمُ الشُرَكَاءُ أَوْ مَنْصُوبُهُمْ أَوْ مَنْصُوبُ الإِمَامِ ، . . . .

(باب القسمة)

هي بكسر القاف : الاسم من : قسمت الشيء .

وهي : تمييز بعض الأنصباء من بعض .

والأصل في جوازها قبل الإجماع : قوله تعالى : ﴿ وَإِذَا حَضَرَ ٱلْقِسْمَةَ ﴾ [النساء : ٨] .

ومن السنة : قسمة الغنائم[١] .

وقوله صلى الله عليه وسلم : « **الشُّفْعَةُ فِيمَا لَمْ يُقْسَمْ** »[٢] .

ومن جهة المعنى : أن يتمكن كل واحدٍ من الشركاء من التصرف فيما له على الكمال ، ويتخلص من سوء المشاركة .

قوله : (**قد يقسم الشركاء أو منصوبهم أو منصوب الإمام**) أي : لحصول المقصود بكل واحدٍ من ذلك .

والمراد بـ(منصوبهم) : وكيلهم .

والحصر صحيح : فلا يَرِدُ ما لو حكموا رجلاً ليقسم بينهم . . فإنه على القولين في التحكيم إن جوزناه . . فهو كمنصوب القاضي ، جزم به في « أصل الروضة »[٣] .

---

(١) عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما : أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يقسم الغنائم . أخرجه البخاري (٣١٣٨) ، ومسلم (١٠٦٣) .

(٢) أخرجه البخاري (٢٢١٣) ، ومسلم (١٦٠٨/ ١٣٥) .

(٣) روضة الطالبين (٨/ ١٨٢) .

وَشَرْطُ مَنْصُوبِهِ : ذَكَرٌ ، حُرٌّ ، عَدْلٌ ، يَعْلَمُ الْمِسَاحَةَ وَالْحِسَابَ ، . . . . .

ويفهم منه : المنع إذا لم نجوِّز التحكيم ، وليس كذلك ، بل يصح ويكون وكيلاً حتى لا يشترط فيه العدالة ، قاله في « الشرح الصغير » .

نعم ؛ يَرِدُ عليه : ما لو قسم الإمام نفسه ، ولا شك في جوازه ، **فلو قال** : (أو القاضي) . . لشمل الإمام ومنصوبه .

قوله : (**وشرط منصوبه : ذكر ، حر ، عدل ، يعلم المساحة والحساب**) لأنه يلزمه ؛ كالحاكم من حيث إن الحاكم ينظر في الحجة ويجتهد ثم يلزمه بالحكم ، والقاسم كذلك .

واشترط العلم بالمساحة والحساب وإن لم يشترط ذلك في القضاء **على الأصح** ؛ لأنهما آلة القسمة ؛ كما أن الفقه آلة القضاء .

وذكر في « المحرر » التكليف[١] ، وحذفه المصنف ؛ لدخوله في العدالة .

وكان ينبغي أن يذكر بدل العدالة قبول الشهادة ، فإنه لا بد من كونه ضابطاً سميعاً بصيراً ، قاله الزركشي .

وفي اشتراط معرفته التقويم وجهان ، قال الزركشي : **مقتضى كلام الجمهور** : أنه ليس بشرط ، وبه صرح البندنيجي والقاضي أبو الطيب وابن الصباغ فجعلوه مستحباً ، وقالوا : فإن جهل . . جاز ويرجع إلى خبر عدلين[٢] من أهل الخبرة .

وقوله : (**منصوبه**) **يفهم** : أنه لا يشترط ذلك في منصوب الشركاء ،

---

(١) المحرر (٣/ ١٦٦٤) .

(٢) وفي « المغني » (٦/ ٣٢٧) ، و« النجم » (١٠/ ٣٦٣) : (إخبار عدلين) .

فَإِنْ كَانَ فِيهَا تَقْوِيمٌ. . وَجَبَ قَاسِمَانِ ، وَإِلاَّ . . فَقَاسِمٌ ، وَفِي قَوْلٍ : اثْنَانِ ، . . . .

فيجوز أن يكون عبداً وفاسقاً وامرأة ، وممن صرح بالمرأة الجرجاني .

فائدة : المِساحة بكسر الميم ، قال ابن السيد : هي مصدر : مسحت الأرض : إذا ذرعتها .

قوله : (**فإن كان فيها**[1] **تقويم . . وجب قاسمان**) لأنها شهادة بالقيمة .

وظاهر عبارته : أنه لا خلاف فيه ، وبه صرح في « البسيط » ، لكن أطلق الفوراني القولين في العدد من غير تفصيل .

قوله : (**وإلا . . فقاسم ، وفي قول : اثنان**) أشار إلى أن ما يستغنى عن التقويم بأن كانت الأجزاء متعادلة فيه طرق ؛ **أصحها** عند الأكثرين ؛ كما قاله الماوردي وغيره على قولين ؛ **أظهرهما** : الاكتفاء بواحدٍ ؛ كالكيال والوزان ، **والثاني** : يجب اثنان ؛ كالمقوِّمين والمجتهدين في جزاء الصيد[2] .

قال البلقيني : نص عليه في « الأم »[3] ولم نجد له نصاً صريحاً يخالفه ، **فهو الأصح** .

وقال القاضي حسين : القول بجواز واحدٍ مخرج .

قال البلقيني : ومحله في منصوب الإمام .

فأما منصوب الشركاء . . فيجوز أن يكون واحداً قطعاً ؛ كما في « أصل الروضة »[4] .

---

(١) وفي (ب) : (فيه) .
(٢) الحاوي الكبير (٢٠/ ٢٤٠) .
(٣) الأم (٧/ ٥٢٢ ، ٧/ ٥٢٦) .
(٤) روضة الطالبين (٨/ ١٨٢) .

وَلِلإِمَامِ جَعْلُ الْقَاسِمِ حَاكِماً فِي التَّقْوِيمِ فَيَعْمَلُ فِيهِ بِعَدْلَيْنِ ، وَيُقْسِمُ .

وَيَجْعَلُ الإِمَامُ رِزْقَ مَنْصُوبِهِ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ ، . . . .

والثانية : القطع بالأول .

والثالثة : إن كان في الشركاء طفل أو غائب.. اعتبر العدد ، وإلا.. فواحد .

قوله : (وللإمام جعل القاسم حاكماً في التقويم فيعمل فيه بعدلين ، ويقسم) .

صورة المسألة : أن يفوض إليه سماع البينة فيه وأن يحكم به ، وحينئذ فله[1] اعتماد على قوله وحده ، أما لو فوض إليه ليحكم باجتهاده في التقويم ونظره.. فلا يجوز ذلك ؛ كما قاله الإمام والغزالي[2] وإن قلنا : إن القاضي يقضي بعلمه ؛ لأنه لا معنى له إلا ترك العدد وهو شرط في التقويم .

قيل : لعل ما ذكره مفروض فيما إذا فوض إليه ذلك ليخبر به الحاكم ، فإن كان هو القاسم.. فينبغي أن يجوز تبعاً ، وقد يخرج هذا من قول المصنف : (**فيعمل فيه بعدلين**) أي : لا بعلمه ، ولو عبر باللام بدل الفاء.. لكان أدل على المراد .

وفي حكم القاضي بمعرفته بالتقويم طريقان ؛ **أحدهما** : على القولين في القضاء بالعلم ، **والثانية** : القطع بالمنع ، وصحح الأول في « الشرح الصغير » و« الروضة »[3] .

قوله : (ويجعل الإمام رزق منصوبه) أي : إذا لم يتبرع **(من بيت المال)**

---

(١) وفي (أ) و(ب) : (فلعله) . صححناه من « النجم الوهاج » (١٠/ ٢٦٤) .

(٢) نهاية المطلب (١٨/ ٥٤٠) ، الوسيط (٤/ ٣١٨) .

(٣) روضة الطالبين (٨/ ١٨٢) .

فَإِنْ لَمْ يَكُنْ . . فَأُجْرَتُهُ عَلَى الشُّرَكَاءِ ، فَإِنِ اسْتَأْجَرُوهُ وَسَمَّى كُلٌّ قَدْراً . . لَزِمَهُ ، . . . .

أي : من سهم المصالح ؛ كما فعل عمر رضي الله عنه[١] ، ولأنه بمنزلة الحاكم ، **وقيل** : لا يرزقه من بيت المال .

وعبارته تشعر بأن ذلك غير واجب ، وبالاستحباب صرح في « الخلاصة »[٢] ، **وكلام الرافعي يقتضي** : الوجوب إذا كان في بيت المال سعة[٣] .

قوله : (**فإن لم يكن . . فأجرته على الشركاء**) أي : سواء طلب جميعهم القسمة أو بعضهم **على الأصح** ، **وقيل** : الأجرة على الطالب .

قوله : (**فإن استأجروه وسمى كل قدرا . . لزمه**) أي : سواء قل أو جل ، نص عليه الشافعي[٤] والأصحاب ، فإن لم يسموا . . لم يلزمهم غير أجرة المثل .

أو صوّر الإمام والرافعي المسألة بأن يقولوا : استأجرناك لتقسم بيننا كذا بدينار على فلان وبدينارين على فلان مثلاً ، أو وكلوا وكيلاً عقد لهم كذلك[٥] .

أما لو استأجروه في عقود مترتبة فعقد واحد لإفراز نصيبه ثم الثاني كذلك ثم

---

(١) كذا هو من فعل عمر رضي الله عنه في (أ) و(ب) ، وفي الشروح الأخرى عن علي رضي الله عنه ، وعن علي أخرجه البيهقي في « الكبير » (٢٠٤٧١) والشافعي في « الأم » (٨/ ٤٥١) .

(٢) الخلاصة (ص : ٦٨٥) .

(٣) الشرح الكبير (١٢/ ٥٤٢) .

(٤) مختصر المزني (ص : ٤٠٤) .

(٥) نهاية المطلب (١٨/ ٥٤٢ـ٥٤٣) ، الشرح الكبير (١٢/ ٥٤٤ـ٥٤٥) .

وَإِلاَّ . . فَالأُجْرَةُ مُوَزَّعَةٌ عَلَى الْحِصَصِ ، وَفِي قَوْلٍ : عَلَى الرُّؤُوسِ .

الثالث . . فجوزه القاضي حسين وأنكره الإمام ، وقال : لا سبيل إلى استقلال بعضهم بالاستئجار لإفراز نصيبه ؛ لأن فيه تصرفاً في نصيب غيره بالتردد والتقدير ، قال : فإن انفرد بعضهم برضاهم كان أصيلاً ووكيلاً ولا حاجة حينئذ إلى عقد الباقين[١] .

قال في « المهمات » : ومحل المنع عند الإمام في غير صورة الإجبار ؛ كما صرح به في « النهاية » ، والمعروف ما قاله القاضي وغيره ، وعليه نص الشافعي[٢] .

وقال البلقيني : **الأرجح** : ما ذكره الإمام .

وما نقله ابن الرفعة عن الماوردي والبندنيجي وابن الصباغ وغيرهم ؛ من إطلاق الجواز[٣] . . محمول على ما إذا استأجروه دفعة واحدة ، أو انفرد واحد بالاستئجار في حصة نفسه بإذن الباقين ، أو على صورة الإجبار .

قوله : (**وإلا**) أي : إذا سموا له أجرة وأطلقوا (. . **فالأجرة موزعة على الحصص**) لأنها من مؤن الملك ؛ كنفقة المشترك ، (**وفي قول : على الرؤوس**) لأن العمل في النصيب القليل كهو في الكثير ، بل قد يكون في الجزء القليل أغمض ، **هذه طريقة المرازوة** ، وتابعهم في « المحرر » و« المنهاج » **وجزم العراقيون بالأول** ، وصححها في « الروضة »[٤] .

وهذا في غير قسمة التعديل ، أما فيها . . فيوزع بحسب المأخوذ قلة

---

(١) الشرح الكبير (١٢/ ٥٤٥) .

(٢) المهمات (٩/ ٣٠٣) .

(٣) كفاية النبيه (١٨/ ٣٣٩) .

(٤) المحرر (٣/ ١٦٦٦) ، روضة الطالبين (٨/ ١٨٣) .

ثُمَّ مَا عَظُمَ الضَّرَرُ فِي قِسْمَتِهِ ؛ كَجَوْهَرَةٍ وَثَوْبٍ نَفِيسَيْنِ وَزَوْجَيْ خُفٍّ ؛ إِنْ طَلَبَ الشُّرَكَاءُ كُلُّهُمْ قِسْمَتَهُ . . لَمْ يُجِبْهُمُ الْقَاضِي ، وَلاَ يَمْنَعُهُمْ إِنْ قَسَمُوا بِأَنْفُسِهِمْ إِنْ لَمْ تَبْطُلْ مَنْفَعَتُهُ الْمَقْصُودَةُ ؛ كَسَيْفٍ يُكْسَرُ ، . . . .

وكثرة ، فإذا كانت الشركة في أرض نصفين ، وعدل ثلثها بثلثيها . . كانت الأجرة أثلاثاً على الصائر إليه الثلثان ثلثاها وعلى الآخر الثلث ؛ لأن العمل في الكثير أكثر ، لكن رجح البلقيني أن على كل منهما النصف .

فرع : إذا استأجروا لكتابة صك . . كانت على قدر الحصص ، قطع به الرافعي في (كتاب الشفعة) .

قوله : (**ثم ما عظم الضرر في قسمته ؛ كجوهرة وثوب نفيسين ، وزوجي خف ؛ إن طلب الشركاء كلهم قسمته . . لم يجبهم القاضي**) أي : إذا[١] كانت المنفعة تبطل بالكلية ، ويمنعهم أن يقسموا لأنفسهم أيضاً ؛ لأنه إضاعة مالٍ وسفه يستحق به الحجر .

وقوله : (**زوجي خف**) يعني : فردين لا يصلح أحدهما إلا بالآخر ، والزوج اسم للفرد ، فإن ضم إليه غيره من جنسه سمي كل واحد منهما زوجاً .

قوله : (**ولا يمنعهم إن قسموا بأنفسهم إن لم تبطل منفعته المقصودة ؛ كسيف يكسر**) يعني : إذا كانت المنفعة لا تبطل بل تنقص ؛ كالسيف يكسر . . فلا يجيبهم في **الأصح** ، لكن لا يمنعهم أن يقسموا بأنفسهم ، كذا قاله الرافعي[٢] ، وعبارة المصنف بعيدة من هذا المراد .

فقوله : (**لا يمنعهم**) ليس متعلقاً بما قبله بل استئناف مسألة أخرى .

قال الزركشي : وما جزما به ؛ من امتناع ذلك على القاضي وأنه

---

(١) وفي (أ) : (أي : إن) .
(٢) الشرح الكبير (١٢/٥٤٦) .

وَمَا يَبْطُلُ نَفْعُهُ الْمَقْصُودُ ؛كَحَمَّامٍ وَطَاحُونَةٍ صَغِيرَيْنِ. . لاَ يُجَابُ طَالِبُ قِسْمَتِهِ فِي الأَصَحِّ ، . . . .

لا يمنعهم. . مشكل ؛ لأنه إن كان الامتناع لكونه حراماً. . فكيف يمكّن منه ، وإن لم يكن حراماً. . فكيف يمتنع عليه . وكلامهم في البيع مصرح بمنعهم من ذلك حيث قالوا : لا يصح بيع نصف معين ؛ من إناء وسيف ونحوهما ، وعللوه بأنه غير مقدور على تسليمه شرعاً لا سيما إذا جعلنا القسمة بيعاً . وقد صرح ابن المنذر في « الإشراف » بنقل الإجماع على أنهم يمنعون من قسمة اللؤلؤة والسيف ونحوهما[١] .

ومقتضى كلام الماوردي[٢] والدارمي في « **الاستذكار** » والمروزي في « **تعليقه** » : أنه يمنعهم من كسر السيف أيضاً ونحوه ، وهو متجه إذا كان نفيساً ، فإن كان خسيساً ؛ لقلته أو رداءة جديده بحيث تتقارب قيمته مكسوراً وصحيحاً. . فلا يمنعهم قطعاً ؛ كالثوب الغليظ .

وكذا لا ينبغي إطلاق المنع في البالي بل يشبه أن يقال : إذا تراضوا في قسم الجوهرة ؛ لحاجتهم لاستعمالها في دواء أو كحل أن يجوز ، وكذا الثوب النفيس إذا أمكن استعمال المقطوع لصغير ، أو اتخاذه كواف[٣] ونحوها .

وكذا الحكم في زوجي الخف ؛ لإمكان أن يضم إليه مثله ، أو يكون موروثاً عن ولي أو كبير ويقصد التبرك به .

قوله : (وما يبطل نفعه المقصود ؛ كحمام وطاحونة صغيرين. . لا يجاب طالب قسمته في الأصح) لقوله صلى الله عليه وسلم : « **لاَ ضَرَرَ**

---

(١) الإشراف (٨/٢٥٨) .

(٢) الحاوي الكبير (٢٠/٢٤٣) .

(٣) **الكوفيَّة** : نسيج من حرير أو نحوه يلبس على الرأس تحت العقال ، أو يدار حول الرقبة . المعجم الوسيط (ص : ٨٠٥) .

فَإِنْ أَمْكَنَ جَعْلُهُ حَمَّامَيْنِ . . أُجِيبَ ، . . . .

وَلاَ ضِرَارَ » . رواه مالك وغيره[١] .

وهذا المرجح بناء على ما رجحاه يعني : الرافعي والنووي في (باب الشفعة) في **ضابط الضرر المانع من القسمة** : أنه ما لا يمكن أن ينتفع به من الوجه الذي كان ينتفع به قبلها ، ولا عبرة بإمكان آخر[٢] ، وهو يفهم من قول المصنف : (المقصود) .

وقيل : ما لا ينتفع به من بعد القسمة بوجه ما ، **وقيل** : ما ينقص القيمة نقصاً فاحشاً ، **والأصح** : النظر للمنفعة ، ونقصان القيمة يتبعها .

فائدة : **الحمام** مذكر بالاتفاق ، وطاحونة الرحى مؤنثة ؛ كما قاله في « الصحاح »[٣] ، فلهذا غلب المصنف المذكر في قوله : (صغيرين) .

قوله : (**فإن أمكن جعله حمامين . . أجيب**) أي : الطالب لسؤاله ، وأجبر الممتنع ؛ إذ لا ضرر فيه .

وأفهم إطلاقه : أنه سواء احتاج إلى إحداث مستوقد أو بئر أو لا ، وعند الاحتياج فيه وجهان ؛ **أصحهما** : الإجبار لتيسر التدارك .

وقيد في « المطلب » : الخلاف بما إذا أمكن اتحادها ، فإن لم يمكن . . فلا إجبار قطعاً .

قال الزركشي : وهو متعين ، فقد يكون الحمام يلي وقفاً أو شارعاً أو ملكاً لا يسمح ببيع شيء منه ، وقد صرح بذلك شريح .

---

(١) الموطأ (١٥٠٣) عن يحيى المازني رحمه الله تعالى مرسلاً ، وأخرجه البيهقي في « الكبير » (١١٤٩٥) عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه .

(٢) الشرح الكبير (٥/ ٤٨٨) ، روضة الطالبين (٤/ ١٥٨) .

(٣) الصحاح (٦٣٤) .

وَلَوْ كَانَ لَهُ عُشْرُ دَارٍ لاَ يَصْلُحُ لِلسُّكْنَى وَالْبَاقِي لآخَرَ . . فَالأَصَحُّ : إِجْبَارُ صَاحِبِ الْعُشْرِ بِطَلَبِ صَاحِبِهِ دُونَ عَكْسِهِ .

قوله : (ولو كان له عشر دار لا يصلح للسكنى والباقي لآخر . . فالأصح) أي : المنصوص **(إجبار صاحب العشر بطلب صاحبه دون عكسه)** أما الإجبار فيما إذا طلب صاحب الأكثر . . فلانتفاعه بالقسمة ، وضرر صاحب العشر لا ينشأ من القسمة بل سببه قلة نصيبه ، وأما المنع في طلب صاحب الأقل . . فلأنه مضيع لماله متعنت .

وقيل : بالمنع في الأولى ؛ لضرر الشريك ، **وقيل** : بالإجابة في الثانية ؛ لأن غرضه تمييز ملكه .

وقال الغزالي : إنه منقاس[١] .

قال الزركشي : لا بد من تقييد إجبار صاحب العشر بما إذا كانت التسعة أعشار تصلح للسكنى ، أو لا تصلح وأمكن فتحها إلى ما جاوره من ملكه بحيث إذا أضيف إليه . . انتفع بهما جميعاً ؛ كما أشار إليه البغوي أخذاً من نص الشافعي في قسمة عرصة الدار[٢] ، وقال أيضاً : **مقتضى تعليلهم** : المنع في الثانية .

تصوير المسألة : بما إذا لم يكن لصاحب العشر عرصة يمكن ضم ما يخصه إليها وينتفع بالجميع ، فإن كان فهو ينتفع بما طلبه من غير إضرار ولا تعنت في طلبه . . فلا شك أنه يجاب ؛ كما قاله في « المطلب » ، قال : وإليه أشار الماوردي حيث فرض الخلاف فيما إذا كان طالبها هو المستضر بها ،

---

(١) الوسيط (٤/ ٣٢٢) .
(٢) التهذيب (٨/ ٢٠٨) ، الأم (٥/ ٨) .

وَمَا لاَ يَعْظُمُ ضَرَرُهُ قِسْمَتُهُ أَنْوَاعٌ : أَحَدُهَا : بِالأَجْزَاءِ ؛ كَمِثْلِيٍّ ، وَدَارٍ مُتَّفِقَةِ الأَبْنِيَةِ ، وَأَرْضٍ مُشْتَبِهَةِ الأَجْزَاءِ ، فَيُجْبَرُ الْمُمْتَنِعُ ، . . . .

والمطلوب هو المنتفع[١] .

وحينئذ تستثنى هذه الحالة من قوله : (دون عكسه) .

قوله : (**وما لا يعظم ضرره قسمته أنواع**[٢] : **أحدها** : **بالأجزاء** ؛ **كمثلي** ، **ودار متفقة الأبنية** ، **وأرض مشتبهة الأجزاء فيجبر الممتنع**) يعني : أن ما لا يعظم الضرر فيه بالقسمة ينقسم إلى **ثلاثة أقسام** : أجزاء ، وتعديل ، وردّ .

الأولى بالأجزاء وهي : التي لا يحتاج فيها إلى إعطاء شيء غير المشترك من المتقاسمين ولا إلى تقويم ، ويسمى قسمة المتشابهات ، ويجبر عليها الممتنع سواء استوت الأنصباء أم تفاوتت ، وفي المتفاوتة **وجه** : أنه لا إجبار .

قال في « البسيط » : وإنما يجبر الممتنع بشرط أن تبقى الحصص بعد القسمة ينتفع بها الانتفاع الذي كان قبلها ، وهو معلوم من قول المصنف : (لا يعظم ضرره) .

وفهم من قوله : (**مثلي**) اشتراط السلامة في الحبوب والنقود ، فإن الحب المعيب والنقد المغشوش معدود في المتقومات ، ويظهر أثر ذلك فيما إذا جعلنا القسمة تبعاً .

والمراد باتفاق الأبنية في الدار ـ كما قاله الإمام ـ : أن يكون في شرقي الدار صُفَّة بَيْت ، وكذلك في غربيها[٣] .

والذي يقتضيه إطلاق العراقيين وغيرهم : القطع بالإجبار على قسمة الدار من غير نظر إلى اختلاف هيئات الأبنية ، قاله الزركشي .

---

(١) الحاوي الكبير (٢٠/ ٢٤٤) .

(٢) وفي « المنهاج » المطبوع : (فقسمته أنواع) .

(٣) نهاية المطلب (١٨/ ٥٥٢) .

فَتُعَدَّلُ السِّهَامُ كَيْلاً أَوْ وَزْناً أَوْ ذَرْعاً بِعَدَدِ الأَنْصِبَاءِ إِنِ اسْتَوَتْ ، وَيُكْتَبُ فِي كُلِّ رُقْعَةٍ اسْمُ شَرِيكٍ أَوْ جُزْءٌ مُمَيَّزٌ بِحَدٍّ أَوْ جِهَةٍ ، وَتُدْرَجُ فِي بَنَادِقَ مُسْتَوِيَةٍ ، ثُمَّ يُخْرِجُ مَنْ لَمْ يَحْضُرْهَا رُقْعَةً عَلَى الْجُزْءِ الأَوَّلِ إِنْ كَتَبَ الأَسْمَاءَ ، فَيُعْطِي مَنْ خَرَجَ اسْمُهُ ، أَوْ عَلَى اسْمِ زَيْدٍ إِنْ كَتَبَ الأَجْزَاءَ ، . . . .

قوله : (فتعدل السهام كيلاً أو وزناً أو ذرعاً بعدد الأنصباء إن استوت ، ويكتب في كل رقعة اسم شريك أو جزء مميز بحد أو جهة ، وتدرج في بنادق مستوية ، ثم يخرج من لم يحضرها رقعة على الجزء الأول إن كتب الأسماء ، فيعطى من خرج اسمه ، أو على اسم زيد إن كتب الأجزاء) يعني : أن طريق قسمة هذا النوع : أن يعدل ؛ أي : يجزأ الأنصباء في المكيل بالكيل ، والموزون بالوزن ، والمذروع في نحو الأرض المتساوية بالزرع ، فيجزأ أجزاء متساوية بعدد الأنصباء إن استوت ؛ بأن كانت لثلاثة أثلاثا ، ثم تؤخذ ثلاث رقاع متساوية ، ويكتب على كل رقعة اسم شريك ؛ ليخرج على السهام ، أو جزء من الأجزاء ؛ ليخرج على أسماء الشركاء ، ويميز بعضها عن بعض بحد أو جهة أو غيرهما ثم تدرج في بنادق مستوية وزناً وشكلاً من طين مجفف أو شمع ؛ لأنها لو اختلفت . . لسبقت الكبيرة إلى اليد ، وفيه ترجيح لصاحبها ، ثم توضع البنادق في حجر من لم يحضر الكتابة والإدراج ؛ لأن القصد سترها عن المخرج حتى لا يتوجه إليه تهمة ، ولو وضعت وغطيت بثوب حصل الغرض ؛ كما نص عليه الشافعي[1] .

ويستحب كون المخرج قليل الفطنة ، والصبي والأعمى أولى .

ثم يؤمر بإخراج رقعة على الجزء الأول إن كتب في الرقاع أسماء الشركاء ، فمن خرج اسمه . . أخذه ، ثم يؤمر بإخراج أخرى على الجزء الذي

---

(١) الأم (٩/ ٢٨٥) .

فَإِنِ اخْتَلَفَتِ الأَنْصِبَاءُ ؛ كَنِصْفٍ وَثُلُثٍ وَسُدُسٍ . . جُزِّئَتِ الأَرْضُ عَلَى أَقَلِّ السِّهَامِ ، وَقُسِّمَتْ كَمَا سَبَقَ ، وَيَحْتَرِزُ عَنْ تَفْرِيقِ حِصَّةِ وَاحِدٍ .

يلي الأول ، وتعين الباقي للثالث .

وإن كتب في الرقاع أسماء الأجزاء . . أخرجت رقعة باسم زيد ، ثم أخرى باسم عمرو ، فيتعين الثالث للثالث .

وتعيين من يبتدأ به من الشركاء والأجزاء منوط بنظر القاسم فيقف أولاً على أي طرف شاء ، ويسمي أي شريك شاء .

والإدراج في البنادق على الاحتياط لا الوجوب ؛ كما اختاره الإمام ، وجزم به الغزالي[١] .

وقوله : (**من لم يحضرها**) بالإفراد محمول على حضور الواقعة ، وفي « الروضة » : لم يحضر الكتابة والإدراج .

وإخراجُ الرقاع على الوجه المذكور . . لا يختص بقسمة الأجزاء ، بل يأتي في التعديل إذا عدلت الأجزاء بالقيمة .

قوله : (**فإن اختلفت الأنصباء ؛ كنصف وثلث وسدس . . جزئت الأرض على أقل السهام**) ، أي : وهو السدس ؛ لأنه يتأدى به القليل والكثير .

قوله : (**وقسمت كما سبق**) **مقتضاه** : التخيير بين كتبه أسماء الشركاء ، وكتبه الأجزاء ، لكن المصحح كتبه الأسماء دون كتبه الأجزاء ، وهل ذلك واجب أو أولى ؟ وجهان ؛ **أصحهما** : الثاني ، فإطلاق المصنف **صحيح** .

قوله : (**ويحترز عن تفريق حصة واحد**) أشار إلى تعين[٢] كتابة الأسماء ؛

---

(١) نهاية المطلب (١٨/ ٥٦٠) ، الوسيط (٤/ ٣٢١) .

(٢) وفي (ب) : (تعيين) .

الثَّانِي : بِالتَّعْدِيلِ ؛ كَأَرْضٍ تَخْتَلِفُ قِيمَةُ أَجْزَائِهَا بِحَسَبِ قُوَّةِ إِنْبَاتٍ وَقُرْبِ مَاءٍ وَيُجْبَرُ عَلَيْهَا فِي الأَظْهَرِ ، . . . .

لأنه لو كتب الأجزاء وأخرج على الأسماء . . ربما خرج لصاحب السدس الجزء الثاني أو الخامس فيفرق ملك من له النصف أو الثلث .

قال الزركشي : ويكتب في ست رقاع على المنصوص(١) ، لصاحب السدس رقعة وللثلث رقعتان وللنصف ثلاثة .

وقيل : يقتصر على ثلاث رقاع ، وفي « الروضة » : **الوجه** : تجويز كل واحد منهما(٢) ، وقال البلقيني : لا يجوز في ست .

قوله : (**الثاني : بالتعديل ؛ كأرض تختلف قيمة أجزائها بحسب قوة إنبات وقرب ماء**) أي : ومثله ما إذا كان بعضها يسقى بالنهر وبعضها بالناضح ، فيكون ثلثها لجودته كثلثيها بالقيمة مثلاً ، فيجعل هذا سهماً وهذا سهماً إن كانت بينهما نصفين ، وإن اختلفت الأنصباء ؛ كنصف وثلث وسدس . . جعلت ستة أسهمٍ بالقيمة دون المساحة .

قوله : (**ويجبر عليها في الأظهر**) أي : إذا طلب أحدهما هذه القسمة . . أجبر عليها الممتنع **في الأظهر** ؛ إلحاقاً للتساوي في القيمة بالتساوي في الأجزاء .

والثاني : المنع ؛ للضرر ، ورجحه البغوي(٣) والقاضي حسين .

ويجري القولان في اختلاف الجنس ؛ كبستان بعضه نخل وبعضه عنب ، ودار بعضها حجر وبعضها لبن .

---

(١) الأم (٧/ ٥٢٨) .

(٢) روضة الطالبين (٨/ ١٨٦) .

(٣) التهذيب (٨/ ٢٠٨) .

وَلَوِ اسْتَوَتْ قِيمَةُ دَارَيْنِ أَوْ حَانُوتَيْنِ فَطَلَبَ جَعْلَ كُلٍّ لِوَاحِدٍ . فَلاَ إِجْبَارَ ،

وعلى الأول : فأجرة القاسم بحسب المأخوذ قلة وكثرة **على الأصح** .

وأطلق الخلاف ، وقال الرافعي : يشبه اختصاصه بما إذا لم يمكن قسمة كل منهما ، فإن أمكن . . فلا إجبار[١] .

قال الزركشي : وممن صرح به القاضي حسين والبغوي[٢] وغيرهما ؛ كما قاله في « المطلب » .

وفي « المهمات » : ما بحثه[٣] . . جزم به جماعة كثيرة منهم الماوردي والروياني وصاحب « المهذب » و« البيان »[٤] .

قوله : (**ولو استوت قيمة دارين أو حانوتين**) أي : مشتركين (**فطلب جعل كل لواحد**) أي : طلب أحدهما القسمة ؛ بأن يجعل له دار ، ولشريكه دار (. . **فلا إجبار**) أي : لا يجبر الممتنع سواء تجاور الداران أو الحانوتان أم تباعدا ؛ لاختلاف الأغراض باختلاف المحال والأبنية ، هذا ما قطع به الأكثرون .

وفي « النهاية » : إجراء القولين في مسألة العبيد ، قال الماوردي : ولو تراضيا بذلك . . لم تكن قسمة ، وكانت بيعاً[٥] ، يحصل ببيع كل واحدٍ منهما حقه من إحدى الدارين بحق شريكه من الأخرى ، ويكتب فيه ابتياع لا كتاب قسمة ، ويكون بيع مناقلة .

---

(١) الشرح الكبير (١٢/ ٥٥٣) .

(٢) التهذيب (٨/ ٢٠٨) .

(٣) أي : ما ذكره الرافعي بحثاً .

(٤) المهمات (٩/ ٣١٣) ، الحاوي الكبير (٢٠/ ٢٤٧ـ ٢٤٨) ، بحر المذهب (١٤/ ٤٠ـ ٤١) ، المهذب (٣/ ٤٠٨) ، البيان (١٣/ ١٣٨) .

(٥) الحاوي الكبير (٢٠/ ٢٤٩) ، نهاية المطلب (١٨/ ٥٥٣) .

أَوْ عَبِيدٍ أَوْ ثِيَابٍ مِنْ نَوْعٍ . . أُجْبِرَ ، أَوْ نَوْعَيْنِ . . فَلاَ .

قوله : (**أو عبيد أو ثياب من نوع . . أجبر ، أو نوعين . . فلا**) يعني : إذا اشتركا في عبيد أو ثياب أو دواب فإما أن يكونا من نوع واحد أو لا .

الأول : أن يكونا من نوع واحدٍ ، ويمكن التسوية بين الشريكين عدداً وقيمة ؛ كعبدين متساويي القيمة بين اثنين ، وكثلاث دواب أو أثواب متساوية القيمة بين ثلاثة . . **فالمذهب** : أنه يجبر على قسمتها أعياناً ؛ إذ لا ضرر عليهم فيه بخلاف الدور ؛ لشدة اختلاف الأغراض فيها .

واحتجوا بأنه صلى الله عليه وسلم جزأ العبيد الستة الذين أعتقهم الرجل في مرض موته ثلاثة أجزاء ، وأقرع بينهم(١) .

وقال ابن أبي هريرة وابن خيران بالمنع ؛ كالدور ، واعتذرا عن الخبر بأنه عليه السلام إنما فعل ذلك لمزية الحرية ، وفي مسألتنا لا مزية .

وقيل : يجبر في العبيد ، وفي غيرها الخلاف .

وإن لم يمكن التسوية بالعدد ؛ كثلاثة أعبد لاثنين بالسوية وقيمة أحدهم كقيمة الآخرين ؛ فإن قلنا بالإجبار عند استواء القيمة . . فهنا قولان ؛ كقولي الأرض المختلفة الأجزاء ، كذا قاله الرافعي ، **ومقتضاه** : ترجيح الإجبار ، لكن الأكثرون كما قاله ابن الرفعة على المنع هنا(٢) .

فعلى هذا : تستثنى هذه الصورة من إطلاق المصنف .

وكذا يستثنى : ما لو بقيت الشركة في البعض ؛ كما لو طلب أحدهما القسمة في عبدين أحدهما قيمته مئة ، والآخر مئتان ؛ ليختص من خرجت له

---

(١) أخرجه مسلم (١٦٦٨) ، وابن حبان (٥٠٧٥) ، والترمذي (١٤١٥) عن عمران بن حصين رضي الله عنه .

(٢) الشرح الكبير (١٢/ ٥٥٥) ، كفاية النبيه (١٨/ ٣٥٢-٣٥٣) .

الثَّالِثُ : بِالرَّدِّ ؛ بِأَنْ يَكُونَ فِي أَحَدِ الْجَانِبَيْنِ بِئْرٌ أَوْ شَجَرٌ لاَ يُمْكِنُ قِسْمَتُهُ ، فَيَرُدُّ مَنْ يَأْخُذُهُ قِسْطَ قِيمَتِهِ ، . . . .

قرعة الخسيس بالخسيس ، ويبقى له ربع النفيس . **فإن المذهب** : عدم الإجبار ؛ لأن الشركة لا ترتفع بالكلية .

الثاني : أن يكون الأعيان نوعين من جنس واحدٍ ؛ كالعبد الهندي مع التركي ، وثوب إبريسم مع الكتان ، أو أجناس مختلفة ؛ كالعبد والثوب والدابة والدار ، وطلب أحدهما أن يقسما أنواعاً أو أجناساً . . فلا يجبر الآخر ، وإنما يقسم إذا تراضيا **على المذهب** .

وقد تعرض في « المحرر » للنوعين والجنسين[١] ، واقتصر المصنف على النوعين ؛ لأنه يعلم منه الامتناع في الجنسين من باب أولى .

نعم ؛ كان ينبغي أن يقول : (نوعين فأكثر) أو يقول : (أو أكثر) ؛ لأنه أعم .

قوله : (**الثالث : بالرد ؛ بأن يكون في أحد الجانبين بئر أو شجر لا يمكن قسمته ، فيرد من يأخذه قسط قيمته**) أي : قسط قيمة البئر أو الشجر .

مثاله : قيمة كل جانب ألف ، وقيمة البئر أو الشجر ألف فاقتسماها . . رد آخذ البئر أو الشجر خمس مئة .

وقضيته : جواز أحدهما بالتراضي من غير قرعة ، وبه صرح الرافعي ، وجوز الإقراع أيضاً[٢] .

ولو قال : (بأن يكون في أحدهما ما لا يمكن قسمته) . . لكان أعم

---

(١) المحرر (٣/ ١٦٧٠) .

(٢) الشرح الكبير (١٢/ ٥٥٦) .

وَلاَ إِجْبَارَ فِيهِ ، وَهُوَ بَيْعٌ ، وَكَذَا التَّعْدِيلُ عَلَى الْمَذْهَبِ ، . . . .

ليدخل : ما لو كان في الدار بيت لا يمكن قسمته ، وقد صرح به في « المحرر »(١) .

ولا بد أن يقول : وما في الجانب الآخر لا يعادل ذلك إلا بضم شيء إليه من خارج .

قوله : (**ولا إجبار فيه**) أي : على المشهور ؛ لأن فيه تمليكاً جديداً فيما ليس مشتركاً بينهما فكانا كغير الشريكين ، ومنهم من طرد فيها خلاف قسمة التعديل .

قوله : (**وهو بيع**) أي : قسمة الرد بيع **على المشهور** ؛ لوجود حقيقته وكيفيته ، وهو مقابلة المال بالمال .

وقيل : بيع في القدر المقابل للمردود ، ويجيء فيما وراءه خلاف التعديل .

وحيث قلنا : بيع . . ثبت فيها أحكامه من الخيار والشفعة وغيرهما إلا أنها لا تفتقر إلى لفظ البيع أو التمليك **على الصحيح** ، ويقوم الرضا مقامهما .

ولو وجد أحدهما بما صار إليه عيباً . . فله فسخ القسمة بالاتفاق ؛ كما قاله ابن الرفعة(٢) أي : سواء قلنا : بيع ، أو إفراز .

قوله : (**وكذا التعديل على المذهب**) لأنه يقطع النزاع ، وإنما دخلها الإجبار ؛ للحاجة ؛ كما يبيع الحاكم مال المديون جبراً ، **وقيل** : فيه قولا الأجزاء .

---

(١) المحرر (٣/ ١٦٧٠) .

(٢) كفاية النبيه (١٨/ ٣٢٣) .

وَقِسْمَةُ الأَجْزَاءِ إِفْرَازٌ فِي الأَظْهَرِ .

وَيُشْتَرَطُ فِي الرَّدِّ : الرِّضَا بَعْدَ خُرُوجِ الْقُرْعَةِ . . . .

قوله : (**وقسمة الأجزاء إفراز في الأظهر**) .

معنى الإفراز : أن القسمة تبين أن ما خرج لكل واحدٍ من الشريكين . . كان يملكه ؛ لأنها لو كانت بيعاً . . لما تعين حق كل واحدٍ بالقرعة ، ولثبتت فيها الشفعة .

والثاني : أنها بيع ؛ لأنه ما من جزء من ذلك المال إلا وهو مشترك بينهما ، وإذا أخذ كل واحدٍ نصيبه . . فكأنه باع ماله فيما أخذه صاحبه بما لصاحبه مما أخذ ، وصححه صاحب « التهذيب »[١] و« الكافي » ، وصححه المصنف والرافعي في (باب الربا) وفي (باب زكاة المعشرات)[٢] .

قال الزركشي : وترجيح الأول مردود .

وفرض البغوي الخلاف فيما إذا اقتسما من غير تفاوت ، قال : أما إذا اقتسما على التفاوت بالرضا . . فلا خلاف أنه بيع[٣] .

قال الزركشي : **وهو ظاهر** .

فائدة : **الإفراز** مصدر (أفرز) : إذا عزل ، ويقال : فرز أيضاً ، ومصدره الفرز .

قوله : (**ويشترط في الرد : الرضا بعد خروج القرعة**) أي : على المذهب ؛ لأنها بيع ، والبيع لا يحصل بالقرعة فافتقر إلى الرضا بعد خروجها .

---

(١) التهذيب (٨/ ٢١٢) .

(٢) الشرح الكبير (٤/ ٨٢) ، (٣/ ٦٣) ، روضة الطالبين (٢/ ٢٧) ، (٣/ ٥١) .

(٣) التهذيب (٨/ ٢١٢) .

وَلَوْ تَرَاضَيَا بِقِسْمَةِ مَا لاَ إِجْبَارَ فِيهِ . . اشْتُرِطَ الرِّضَا بَعْدَ الْقُرْعَةِ فِي الأَصَحِّ ،

وقال الإصطخري : لا يشترط .

وكلام المصنف يقتضي : أنه لا فرق في ذلك بين أن يتولاه الشركاء بأنفسهم أو منصوب الحاكم ، وبه صرح الفارقي في « فوائده » .

قوله : (ولو تراضيا بقسمة ما لا إجبار فيه . . اشترط الرضا بعد القرعة في الأصح) .

اعلم : أن قسمة الإجبار لا يعتبر فيها الرضا لا عند إخراج القرعة ولا بعدها ، وإلا . . لم يكن للإجبار فائدة ، فلو تراضى الشريكان بقاسم يقسم بينهما . . فهل يشترط الرضا بعد خروج القرعة أم يكفي الرضا الأول ؟ قولان ؛ **أظهرهما** : الاشتراط ؛ لأنه لا بد منه في الابتداء فكذا في الانتهاء ، **والثاني** : لا ؛ لأن القاسم مجتهد .

فكلام المصنف متعقب ؛ لأنه فرض المسألة فيما لا إجبار فيه ، وذلك لا يتناول غير قسمة الرد ، وقد ذكرها بلا فاصل فلزم التكرار ، وجزم في الأولى ، وحكى الخلاف في الثانية .

ولم يذكر « المحرر » هذا الخلاف إلا في قسمة الإجبار[1] ، فخالف أصله ، لكنه تبعه في حكاية الخلاف وجهين ، وهو قولان في « الشرحين » و« الروضة » ، وفي « التنبيه » : أن **الأول** منصوص ، **والثاني** : مخرج ، أي : من التحكيم[2] ، وتبعه في « البيان »[3] .

ثم إن المصنف أطلق الخلاف ، وإنما هو حيث حكم الشركاء من يقسم

---

(١) المحرر (٣/ ١٦٧٢) .
(٢) الشرح الكبير (١٢/ ٥٦٠) ، روضة الطالبين (٨/ ١٩٤) . التنبيه (ص : ١٥٦) .
(٣) البيان (١٣/ ١٢٨) .

كَقَوْلِهِمَا : رَضِينَا بِهَذِهِ الْقِسْمَةِ ، أَوْ : بِمَا أَخْرَجَتْهُ الْقُرْعَةُ .

بينهم فتخرج **ثلاث صور** :

أحدها : أن يتولاها الحاكم أو منصوبه جبراً . . فلا يعتبر الرضا بلا خلاف .

الثانية : أن ينصبا وكيلاً فيها . . فلا بد من الرضا بعد القرعة بلا خلاف ، قاله في « الكفاية » عند كلامه في دعوى الغلط في القسمة[١] ، وهو الذي أورده أبو الطيب وابن الصباغ .

الثالثة : أن يقسموا بأيديهم فلا بد من الرضا قطعاً ، قاله البندنيجي وغيره ، ونقل الرافعي : الجزم به عن الشيخ أبي حامد[٢] ، وأسقطه من « الروضة » ، قاله الزركشي .

قوله : (**كقولهما : رضينا بهذه القسمة ، أو : بما أخرجته القرعة**) لأن الرضا أمر خفي ، فلا بد أن يناط بأمر ظاهر يدل عليه .

وأفهم : أنه لا يشترط لفظ البيع أو التملك[٣] وإن قلنا : القسمة بيع ، **وهو الأصح** .

وفي « التحرير » : **ظاهره** : الاكتفاء بذلك بعد خروج القرعة وإن لم يعلم كل واحدٍ ما صار إليه ، والمنصوص في « الأم » : أنه لا بد من سبق علم ذلك على الرضا ، **وظاهره** : أنه لا يكتفى بقولهما : رضينا بهذا ، أو : بما جرى ، **وهو وجه** : أنه لا بد من التصريح بلفظ القسمة ، **والأصح** : خلافه[٤] .

---

(١) كفاية النبيه (١٨/ ٣٧٤) .
(٢) الشرح الكبير (١٢/٥٥٨ـ ٥٦٠ ، ٥٦٢) .
(٣) وفي (أ) : (التمليك) .
(٤) تحرير الفتاوي (٣/ ٦٤٠) .

وَلَوْ ثَبَتَ بِبَيِّنَةٍ غَلَطٌ أَوْ حَيْفٌ فِي قِسْمَةِ إِجْبَارٍ . . نُقِضَتْ ، فَإِنْ لَمْ تَكُنْ بَيِّنَةٌ وَادَّعَاهُ وَاحِدٌ . . فَلَهُ تَحْلِيفُ شَرِيكِهِ ، . . . .

قوله : (**ولو ثبت ببينة غلط أو حيف في قسمة إجبار . . نقضت**)

اعلم : أنه إذا قسم قاسم القاضي بالإجبار ، ثم ادعى أحد الشريكين غلطاً أو حيفاً ؛ نظر إن لم يبين ما يزعم به الحيف أو الغلط . . لم يلتفت إليه ، وإن بينه . . لم يمكن من تحليف القاسم ؛ كما لا يحلف القاضي أنه لم يظلم ، والشاهد أنه لم يكذب ، ولكن إن قامت بينة . . سمعت ونقضت القسمة .

قال الشيخ أبو حامد وغيره : **وطريقه** : أن يحضر قاسمين حاذقين لينظرا أو يَمْسَحَا ويعرفا الحال فيشهدا .

وألحق أبو الفرج السرخسي بقيام البينة : ما إذا عرف أنه يستحق ألف ذراع ومَسَحْنا ما أخذه فإذا هو سبع مئة ذراع .

قوله : (**فإن لم تكن بينة وادعاه واحد . . فله تحليف شريكه**) لأن من ادعى على خصمه ما لو أقر به لَنَفَعه فأنكر . . كان له تحليفه ، فإن نكل وحلف المدعي . . نقضت القسمة ؛ كما لو أقر ، وإن حلف مضت على الصحة .

وما جزم به من التحليف **هو المشهور** ، وحكى شريح **وجهاً** : أنه لا يحلف .

والظاهر : **أن موضع الوجهين** : ما إذا أراد تحليفه على نفي الغلط ، فإن حلفه على نفي العلم بالغلط . . جاز قطعاً ، قاله الزركشي .

قال : والصورة كما يقتضيه كلام المصنف : أن يدعي على الشريك بغلط القاسم ، أما الدعوى على القاسم بذلك . . فلا تسمع ؛ لأنه لو اعترف بها . . لم يلتفت إليه .

وَلَوِ ادَّعَاهُ فِي قِسْمَةِ تَرَاضٍ وَقُلْنَا : هِيَ بَيْعٌ . . فَالأَصَحُّ : أَنَّهُ لاَ أَثَرَ لِلْغَلَطِ ، فَلاَ فَائِدَةَ لِهَذِهِ الدَّعْوَى . قُلْتُ : وَإِنْ قُلْنَا : إِفْرَازٌ . . نُقِضَتْ إِنْ ثَبَتَ ، وَإِلاَّ . . فَيَحْلِفُ شَرِيكُهُ ، وَاللهُ أَعْلَمُ .

وكلام الفوراني يفهم : جواز الدعوى بالغلط على القُسّام لا للتحليف بل لإقامة البينة .

نعم ؛ إن كان المطلوب تغريمه الأجرة . . فينبغي أن تسمع الدعوى عليه ؛ رجاء أن يعترف أو لتقام البينة عليه فيغرم ؛ كما لو قال القاضي : غلطت في الحكم ، أو : تعمدت الحيف ، وكذبه المحكوم له . . لم يسترد المال ، وعلى القاضي الغرم .

وقوله : (**واحد**) أي : من الشركاء ، واحترز به عن مسألتين ؛

إحداهما : أن يدعياه جميعاً ويتصادقا على الغلط أو الحيف فتنتقض لا محالة .

الثانية : أن يعترف به القسام ، فإن صدقوه . . نقضت ، وإلا . . فلا تنقض ، وعليه رد الأجرة ، جزم به الرافعي تبعاً للبغوي والخوارزمي(١) .

قوله : (**ولو ادعاه في قسمة تراض وقلنا : هي بيع . . فالأصح : أنه لا أثر للغلط ، فلا فائدة لهذه الدعوى ، قلت : وإن قلنا : إفراز . . نقضت إن ثبت ، وإلا . . فيحلف شريكه ، والله أعلم**) إذا جرت القسمة بالتراضي ؛ بأن نصبا قاسماً أو اقتسما بأنفسهما ، ثم ادعى أحدهما غلطاً ؛ فإن لم يعتبر الرضا بعد القرعة . . فكما لو ادعى الغلط في قسمة الإجبار ، وإن اعتبرناه وتراضيا بعد القرعة . . بني على أن القسمة بيع أو إفراز ؛ فإن قلنا : بيع . . **فالأصح** : أنها

---

(١) الشرح الكبير (١٢/ ٥٥١) ، التهذيب (٨/ ٢١٥) .

وَلَوِ اسْتُحِقَّ بَعْضُ الْمَقْسُومِ شَائِعاً . . بَطَلَتْ فِيهِ ، وَفِي الْبَاقِي قَوْلا تَفْرِيقِ الصَّفْقَةِ ، أَوْ مِنَ النَّصِيبَيْنِ مُعَيَّنٌ سَوَاءٌ . . بَقِيَتْ ، وَإِلاَّ . . بَطَلَتْ .

لا تنقض ولا أثر للغلط وإن تحقق ؛ لأنه رضي بترك الزيادة له فصار كما لو اشترى شيئاً بغبن ، **وعلى هذا** : فلا تسمع الدعوى .

وإن قلنا : إفراز . . فالإفراز لا يتحقق مع التفاوت فينقض إن قامت عليه بينة ، وإن لم تقم . . حلف شريكه .

واقتصر في « المحرر » على التفريع **على الأصح**[1] ؛ ليؤخذ منه حكم التفريع على مقابله ، وصرح به المصنف للإيضاح .

ويستثنى من إطلاقه : ما لو كان المقسوم ربوياً ، وتحقق الغلط في كيل أو وزن . . فإن القسمة باطلة لا محالة ؛ للربا ، وإطلاق الرافعي محمول على غير الربوي بدليل التعليل .

قوله : (ولو استحق بعض المقسوم شائعاً . . بطلت فيه ، وفي الباقي قولا تفريق الصفقة)[2] أي : تبطل في الكل في قول ، وتصح **على الأظهر** في الباقي ويثبت الخيار .

والثانية : القطع بالبطلان ؛ لأن مقصود القسمة تمييز الحقوق ، وبالاستحقاق يصير المستحق شريك كل واحدٍ .

قال الزركشي : حكاهما الماوردي عن الجمهور ، وذكر ترجيحها عن جماعة غيره .

قوله : (أو من النصيبين معين سواء . . بقيت ، وإلا . . بطلت) أي : إذا

---

(١) المحرر (٣/ ١٦٧٣) .

(٢) وفي « المنهاج » المطبوع : (خلاف تفريق الصفقة) .

. . . .

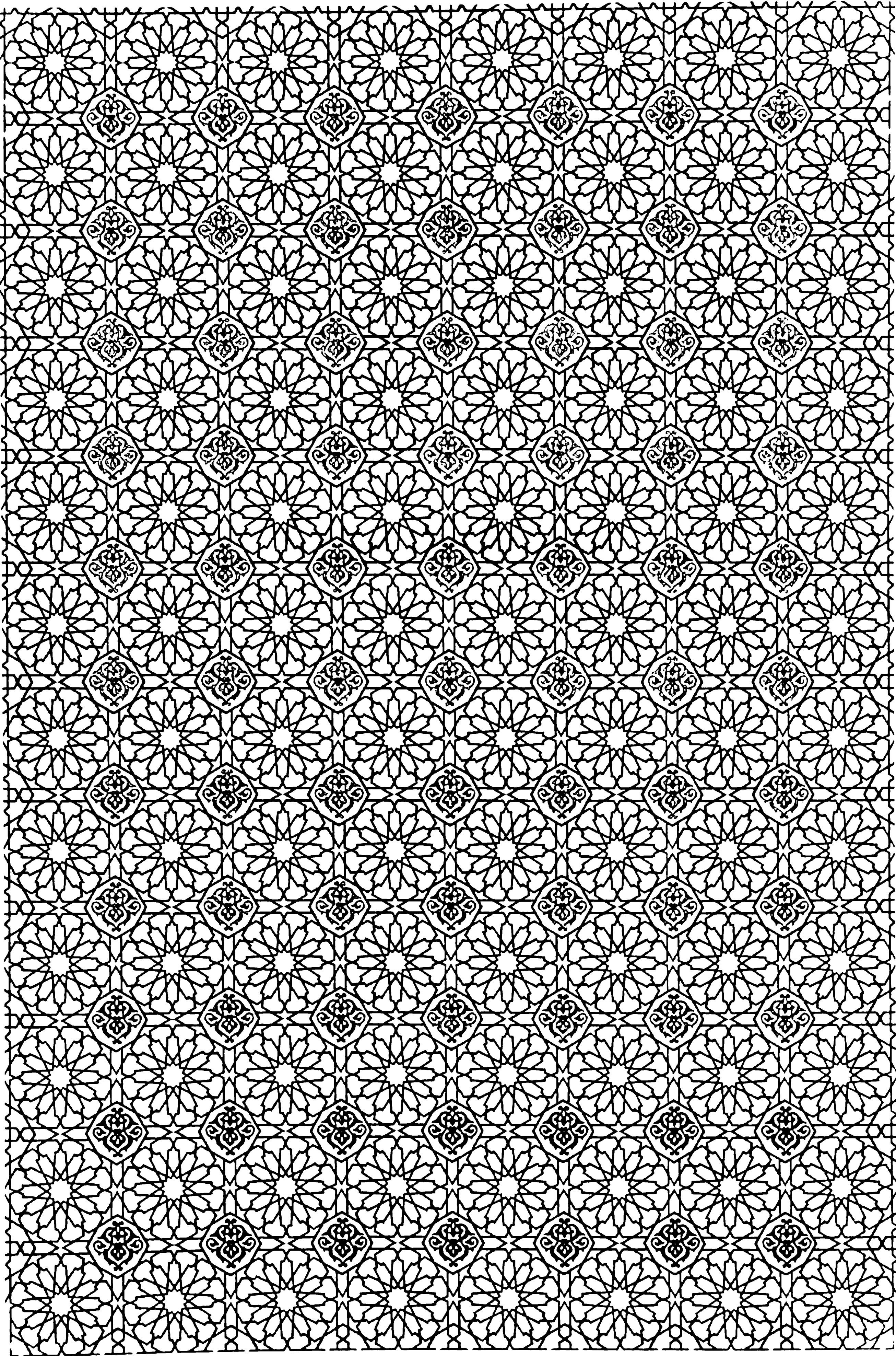
استحق شيء معين ؛ نظر إن تَسَاوَى المستحق في القسمين . . **بَقِيت القسمةُ في** الباقي ؛ لأنه لا تراجُعَ بين الشريكين فيه ، وما بقي لكل منهما بعد الاستحقاق قدر حقه ، **وقيل** : تبطل ؛ لمعنى التفريق .

وقوله : (**وإلا**) **شمل** : ما إذا اختص نصيب أحدهما بالاستحقاق منه ، وما إذا استحق من نصيب أحدهما أكثر ؛ كما إذا تقاسم الورثة التركة ثم بان أن لمورثهم أرضاً وهي تخرج من الثلث . . تبطل القسمة قطعاً ؛ إذ لم يحصل الإفراز ؛ لأن ما يبقى لكل واحدٍ لا يكون قدر حقه ، بل يحتاج أحدهما إلى الرجوع على الآخر ، وتفوت الإشاعة ، فيفوت مقصود القسمة .

والمراد بالبطلان في الظاهر ، وإلا . . فالاستحقاق يبين أن لا قسمة ، والله أعلم .

* * *

كتاب الشهادات



كِتَابُ الشَّهَادَاتِ

. . . .

(كتاب الشهادات)

جمع (شهادة) وهو مصدر : شهِد يشْهَد .

والأصل في الباب : قوله تعالى : ﴿ وَٱسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ ﴾ [البقرة : ٢٨٢] .

ومن السنة : « **لَيْسَ لَكَ إِلاَّ شَاهِدَاكَ أَوْ يَمِينُهُ** »[١] .

وروى صاحب « الفردوس » عن ابن عباسٍ رضي الله عنهما : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « **أَكْرِمُوا الشُّهُودَ ؛ فَإِنَّ اللهَ يَسْتَخْرِجُ بِهِم الْحُقُوقَ ، ويَدْفَعُ بِهِم الظُّلْمَ** »[٢] . قال أبو سعيد السكري في « الأفراد » فيه : حسن غريب[٣] ، وقال الذهبي في « الميزان » : حديث منكر[٤] .

---

(١) أخرجه البخاري (٢٦٧٠) ، ومسلم (١٣٨/ ٢٢١) عن ابن مسعود رضي الله عنه ، دون قوله : « **لَيْسَ لَكَ إِلاَّ** » ، وبه هو في « صحيح مسلم » (١٣٩) من حديث وائل بن حجر رضي الله عنه .

(٢) أورده الديلمي في « الفردوس » (١٩٥) ، وأخرجه القضاعي في « مسند الشهاب » (٧٣٢) ، وعزاه السيوطي في « الجامع الصغير » للبَانِياسي في « جزئه » والخطيب وابن عساكر . وراجع « التلخيص الحبير » (٤/ ٤٧٩) و« كشف الخفاء » (٥٠٩) .

(٣) قوله : (أبو سعيد السكري في « الأفراد »...) كذا في (أ) و(ب) . وفي جزء من « تكملة كافي المحتاج » للزركشي الذي حققه عمار صالح الخولاني : (أبو سعد اليشكري) وعلق عليه المحقق : (في ب : أبو سعيد السكري) . وأبو سعيد الذي في الطبقات وكتب التراجم هو : الحسن بن الحسين بن عبد الله الأزدي المهلَّبي السكري النحوي ، عارف بأشعار العرب . راجع « السير » (١٣/ ١٢٦ـ١٢٧) . ولعل الصواب : أبو سَعْد السكري، علي بن موسى النيسابوري المحدث الحافظ الفقيه ، له مسانيد ومعاجم وخرّج على « الصحيحين » . راجع « السير » (١٨/ ٤٢٣) .

(٤) ميزان الاعتدال (١/ ١٨٩) (١٩٩) ، (٤/ ٣٥٤ـ٣٥٥) (٥٠٧٩) .

شَرْطُ الشَّاهِدِ : مُسْلِمٌ ، حُرٌّ ، مُكَلَّفٌ ، عَدْلٌ ، ذُو مُرُوءَةٍ ، غَيْرُ مُتَّهَمٍ ،

قوله : (شرط الشاهد : مسلم ، حر ، مكلف ، عدل ، ذو مروءة ، غير متهم) أشار إلى أنه لا يقبل شهادة كل من يشهد ، بل لا بد في الشاهد من صفات :

الأولى : الإسلام ، فلا تقبل شهادة الكافر ذمياً كان أو حربياً يشهد على مسلم أو كافر ؛ لقوله تعالى : ﴿وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق : ٣] والكافر ليس بعدل وليس منا .

الثانية : الحرية ، فلا تقبل شهادة العبد ؛ للآية ، فإن المخاطب بها الأحرار ؛ بدليل قوله : ﴿إِذَا تَدَايَنتُم﴾ [البقرة : ٢٨٢] والعبيد لا يملكون ، سواء كان قناً أو مدبراً أو مكاتباً أو أم ولد أو فيه جزء من الرق .

الثالثة : التكليف ، فلا تقبل شهادة المجنون بالإجماع ، ولا الصبي وإن راهق ؛ لقوله تعالى : ﴿مِن رِّجَالِكُمْ﴾ [البقرة : ٢٨٢] وحكى ابن المنذر فيه الإجماع[١] .

الرابعة : العدالة ، فلا تقبل من فاسق ؛ لقوله تعالى : ﴿إِن جَآءَكُمْ فَاسِقُۢ بِنَبَإٍ فَتَبَيَّنُوٓاْ﴾ [الحجرات : ٦] .

الخامسة : المروءة ؛ لأن من لا مروءة له لا حياء له ، ومن لا حياء له يصنع ما شاء .

السادسة : عدم التهمة ؛ لقوله تعالى : ﴿وَأَدْنَىٰٓ أَلَّا تَرْتَابُوٓاْ﴾ [البقرة : ٢٨٢] .

قال الرافعي : ومنهم من يدرج المروءة والتكليف والإسلام والحرية في العدالة ؛ فيقول : العدل هو الذي تعتدل أحواله دِيناً ؛ أي : أن يكون مسلماً

---

(١) الإجماع (ص : ٤٨) .

. . . .

عفيفاً ، ومروءة ـ وسيأتي تفسيرها[١] ـ ، وأحكاماً ، أي : لا يكون ناقص الحكم بصِبا أو جنون أو برق[٢] .

قال الزركشي : وقوله : (شرط الشاهد مسلم. . .) الصواب : الإسلام والحرية والتكليف. . . إلى آخره .

قال : **وبقي شروط ؛ أحدها** : النطق ، فلا تقبل شهادة الأخرس إن لم تعْقَل إشارته ، وكذا إن عُقِلت **في الأصح** ؛ لأن الإشارة لا تصرِّح ولا حاجة إلى إقامة الظن مقام العلم ؛ للاستغناء بشهادة غيره ، بخلاف العقود فإنها لا تعرف إلا من جهته فتصحّ ؛ للضرورة .

ثانيها : عدم السفه ، فلا تقبل شهادة المحجور عليه بالسفه ، نقله في « الروضة » **قبل** (فصل التوبة) عن الصيمري ، وقال : إن كان كذلك فهو شرط آخر[٣] . انتهى ، وقد جزم به الرافعي في (كتاب الوصية)[٤] .

ثالثها : التيقّظ ، فلا تقبل من مغفّل ، صرح به صاحب « التنبيه » والجرجاني[٥] وغيرهما .

رابعها : ذكر الرافعي في (فصل التزكية) : أنه لو جهل الحاكم إسلام الشاهد. . لم يقنع بظاهر الحال ، بل يبحث ويرجع إلى قوله ، بخلاف ما لو جهل الحرية. . فإنه يبحث ، لكن لا يرجع إلى قوله **في الأصح** ؛ كالعدالة[٦] .

---

(١) أي : في قول المتن : (والمروءة : تخلق. . .) إلخ .
(٢) الشرح الكبير (١٣/ ٢١) .
(٣) روضة الطالبين (٨/ ٢١٩) .
(٤) الشرح الكبير (٧/ ٢٦٩) .
(٥) التنبيه (ص : ١٦١) ، التحرير (٢/ ٣٨٤) .
(٦) الشرح الكبير (١٢/ ٥٠١) .

وَشَرْطُ الْعَدَالَةِ : اجْتِنَابُ الْكَبَائِرِ وَالإِصْرَارِ عَلَى صَغِيرَةٍ ، . . . .

فائدة : **المروءة** بالهمز بوزن سُهولة : الاستقامة ، قال الجوهري : ولك أن تشدّد[١] .

قوله : (وشرط العدالة : اجتناب الكبائر والإصرار على صغيرة) لأن الله تعالى حكم في قذف المحصنات برد الشهادة[٢] ، وفيه تنبيه على ردها في سائر الكبائر .

وفي معناها : الإصرار على الصغيرة ؛ لأنه يشعر بالتهاون بأمر الديانة ، ومثله لا يخاف وقوع الكذب منه .

قال في « التحرير » : وما ذكره نفس العدالة لا شرط فيها[٣] .

وكلام المصنف يقتضي : أن الإصرار مبطل للعدالة مطلقاً ، وهو خلاف ما رجَّحه الرافعي ؛ من أن المبطل لها الإكثار من الصغائر سواء كانت من نوع أو أنواع ، قال : وعليه لا تضرّ المداومة على نوع من الصغائر إذا غلبت الطاعات[٤] .

قال الإمام البلقيني : فكان ينبغي أن يقال : شرط العدالة اجتناب الكبائر وعدم غلبة الصغائر على الطاعة .

وعرَّف المصنف (الكبائر) ليفهم التعميم ، ولو قال : (الكبيرة) . . لكان أحسن ؛ لإيهام لفظ الجمع تعيُّنَه ، ولا خلاف أن الكبيرة الواحدة مضرّة .

---

(١) الصحاح (ص : ٩٧٩) .

(٢) قال الله تعالى : ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا۟ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجْلِدُوهُمْ ثَمَٰنِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا۟ لَهُمْ شَهَٰدَةً أَبَدًا ۚ وَأُو۟لَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْفَٰسِقُونَ ﴾ [النور : ٤] .

(٣) تحرير الفتاوي (٣/ ٦٤٧ـ٦٤٨) .

(٤) الشرح الكبير (١٣/ ٩) .

وَيَحْرُمُ اللَّعِبُ بِالنَّرْدِ عَلَى الصَّحِيحِ ، ....

وما ذكره مفرّع على المشهور في انقسام الذنب إلى كبيرة وصغيرة ، ثم **قيل** : الكبيرة ما أوجب الحد ، **وقيل** : ما فيها وعيد شديد .

قال الرافعي : وهذا أكثر ما يوجد لهم ، وهم إلى ترجيح الأول أميل ، ولكنّ الثاني أوفق لما ذكروا في تفصيل الكبائر ؛ أي : لأن الربا وأكل مال اليتيم ، وقطع الرحم والعقوق ونحوها من الكبائر مع أنه لا حدَّ فيها[١] .

قوله : (**ويحرم اللعب بالنرد على الصحيح**) لقوله صلى الله عليه وسلم : « **مَنْ لَعِبَ بِالنَّرْدَشِيرِ . . فَكَأَنَّمَا غَمَسَ يَدَهُ فِي لَحْمِ خِنْزِيرٍ وَدَمِهِ** » . رواه مسلم[٢] .

وروى أبو داود : « **مَنْ لَعِبَ بِالنَّرْدِ . . فَقَدْ عَصَى اللهَ وَرَسُولَهُ** »[٣] .

وقيل : مكروه كالشطرنج ، لكنه أشدّ كراهة .

وعلى الأصح : فهل هو كبيرة أو صغيرة ؟ وجهان ؛ **أشبههما** : الثاني ، قاله الرافعي[٤] .

قال الزركشي : وينبغي أن يكون فيما إذا لعب فيه مجاناً بخلاف المقامرة .

قال في « التحرير » : قولان ؛ نص على التحريم في « حرملة » ، وعلى الكراهة في « الأم » و« المختصر »[٥] **فهو قوي** ، خلافاً لما توهمه عبارته ، وصححه جماعة .

---

(١) الشرح الكبير (١٣/٦) .
(٢) صحيح مسلم (٢٢٦٠) عن بريدة رضي الله عنه .
(٣) سنن أبي داود (٤٩٣٨) عن أبي موسى الأشعري رضي الله عنه .
(٤) الشرح الكبير (١٣/١٨) .
(٥) الأم (٧/٥١٤ـ٥١٥) ، مختصر المزني (ص : ٤١٧) .

وَيُكْرَهُ شَطْرَنْجٌ ، فَإِنْ شُرِطَ فِيهِ مَالٌ مِنَ الْجَانِبَيْنِ . . فَقِمَارٌ ، . . . .

قوله : (**ويكره شطرنج**) أي : على المذهب ، ولا يحرم ؛ لأن الأصل الإباحة ، ولأن فيه تدبيراً فأشبه اللعب بالحراب .

وروى الشافعي عن سعيد بن جبير : أنه كان يلعب به وهو مستدبر ولا يراه[(١)] ؛ أي : ولم ينكر عليه فكان إجماعاً ، قال البيهقي : وإنما كرهه الشافعي ؛ لأن الذين كرهوه أكثر ومعهم من يُحْتجّ بقوله ، وذكر أنه قول علي وابن عمر وغيرهما ، واحتج المانعون بأخبار ضعيفة[(٢)] ، **وقيل** : مباح لا كراهة فيه .

قوله : (**فإن شرط فيه مال من الجانبين . . فقمار**) أي : يحرم بالإجماع ؛ كما أشار إليه في « الأم »[(٣)] .

قال البيهقي : وإنما لم ترد شهادته إذا لم يقامر ؛ للخلاف فيه[(٤)] .

وإنما عدَل المصنفُ عن التحريم إلى القمار ؛ تَفَصّياً[(٥)] عن اعتراض الإمام على إطلاق الأصحاب التحريم ، فإن المحرم هو المقترن به من ذلك ، والشطرنج في نفسه لا يتغيَّر به[(٦)] .

واحترز بقوله : (**من الجانبين**) : عما إذا أخرجه أحدهما ليبذله إن غُلِب ويأخذه إن غلَب . . فلا قمار ، ولا ترد به الشهادة ، قاله في « المعتمد »

---

(١) أخرجه البيهقي في « معرفة السنن والآثار » (٥٩٥٦) ، و« الكبير » (٢٠٩٦٣) .
(٢) راجع « السنن الكبير » (٢١/١٠١ـ ١٠٦) (باب الاختلاف في اللعب بالشطرنج) وقول عليّ وابن عمر رضي الله عنهم أخرجه في الباب المذكور .
(٣) الأم (٨/ ١٣٠) ، وراجع « مختصر المزني » (ص : ٤١٦) .
(٤) معرفة السنن والآثار (٧/ ٤٣١) .
(٥) أي : تخلُّصاً . ففي « مختار الصحاح » (تَفَصَّى : تَخَلَّصَ من المضيق والبليّة) .
(٦) نهاية المطلب (١٩/ ١٩ـ ٢٠) .

. . . .

وغيره ، وتبعه الرافعي والنووي وقالا : لكنه عقد مسابقة على غير آلة قتال فلا يصح[١] .

قال الزركشي : وفي « تحرير الجرجاني » : إن أخرج أحدهما أو غيرهما عوضاً . . لم تردّ به ؛ لأنه مسابقة باطلة فهي خطأ بتأويل[٢] .

ونقله في « التحرير » عن « الكافي » للروياني ، وقال : إن في « تعليق الشيخ أبي حامد » : ترد شهادة من أخذه ، قال البلقيني : **وهو المعتمد**[٣] .

ويشترط للجواز أيضاً : ألاّ يقترن به فحش أو إخراج صلاة عن وقتها عمداً ، فإن وجد ذلك . . ردّت شهادته فإن لم يعتمد[٤] الإخراج بل شغله اللعب فخرجت ؛ فإن تكرّر منه . . فسق ، وإلا . . فلا .

وألحق به الماوردي والجرجاني والصيمري : اللعب به على الطريق فتردّ شهادته[٥] .

فروع تعم بها البلوى : اللعب بالطاب[٦] ، **والظاهر فيه** : التحريم ؛ لأنه ليس فيه فكر وحذق حتى يلحق بالشطرنج ، بل هو على الغائب فأشبه النرد ، ومثله الكَنْجَفَةُ[٧] ، وهذا إذا خَلاَ عن العوض ، فإن كان فيه . . فحرام بلا شك .

---

(١) الشرح الكبير (١٣/ ١١) ، روضة الطالبين (٨/ ٢٠٣) .

(٢) التحرير (٢/ ٣٨٥) .

(٣) تحرير الفتاوي (٣/ ٦٥١) .

(٤) قوله : (لم يعتمد) كذا في (أ) و(ب) ، واللائق (لم يتعمَّدْ) كما في « بداية المحتاج » (٤/ ٤٨٩) والله أعلم .

(٥) الحاوي الكبير (٢١/ ١٢٨) ، التحرير (٣/ ٣٨٥) .

(٦) **الطاب** : عِصِيٌّ صغار تُرْمى ويُنظَر للونها ؛ ليرتّب عليه مقتضاه الذي اصطلحوا عليه . تحفة المحتاج (١٠/ ٤٠٧) .

(٧) **وهي** : أوراق فيها صورٌ . تحفة المحتاج (١٠/ ٤٠٧) .

وَيُبَاحُ الْحُدَاءُ وَسَمَاعُهُ ، . . . .

وأما اللعب بالخاتم . . **فمقتضى كلام الرافعي في (باب المسابقة)** : تجويزه ؛ لأنه منع المسابقة عليه بالعوض(١) ، وبه صرح الصيمري هنا .

وأما اللعب بالحمام . . فأطلق الشافعي فيه الكراهة ؛ كالشطرنج(٢) ، وقال الشيخ إبراهيم المرُّوذي والبغوي في « تعليقهما » وصاحب « الكافي » : أنه أحسن حالاً من الشطرنج ، وقال القاضي حسين في « تعليقه » : هذا ما لم يسرق به طيور الناس ، فإن فعل . . فحرام مردود الشهادة .

قال الحليمي : ويحرم التحريش بين الكلاب والديوك ؛ لما فيه من إيلام الحيوان بلا فائدة .

وقال ابن سراقة في « أدب الشهود » : ويحرم ترقيص القرود ؛ لأن فيه تعذيباً لهم .

وفي معناه : الهِراش بين الديكين والنطاح بين الكبشين .

ويحرم التفرُّج على هذه الأشياء المحرمة ؛ لأن فيه إعانة لهم على الحرام ، وكذلك على من يلعب بالعصفور ، قاله الزركشي .

قوله : (**ويباح الحداء وسماعه**) لما في « الصحيحين » : أن غلاماً أسود ـ يقال له : **أَنْجَشَةُ** ـ حَدَا في بعض أسفار النبي صلى الله عليه وسلم ، فقال له : « **يَا أَنْجشَةُ رُوَيْدَكَ** . . . »(٣) الحديث .

وروى النسائي في « المناقب » : أنه صلى الله عليه وسلم قال لعبد الله بن

---

(١) الشرح الكبير (١٢/ ١٧٧) .
(٢) الأم (٨/ ١٣٠) .
(٣) صحيح البخاري (٦٢١٠) ، صحيح مسلم (٢٣٢٣) عن أنس رضي الله عنه .

وَيُكْرَهُ الْغِنَاءُ بِلاَ آلَةٍ وَسَمَاعُهُ ، . . . .

رواحة : « **حَرِّكْ بِالْقَوْمِ** » فانْدَفَع يرْتَجِز[١] .

ولما فيه من إيقاظ النوام ، وتنشيط الإبل للسير .

صرح بنفي الخلاف فيه ابن عبد البر[٢] والقرطبي وغيرهما ، وقال بعضهم : لو قيل باستحبابه . . لكان أقرب[٣] .

فائدتان : كان ينبغي أن يقول : (واستماعه) ليدل على السماع من باب أولى .

والحداء بالمد مع ضم الحاء وكسرها ، فسّره الأزهري بما ينشده الحادي خلف الإبل من رجز الشعر وغيره[٤] ، وقصره الماوردي على الرجز[٥] ، **والصواب** : الأول .

قوله : (**ويكره الغناء بلا آلة وسماعه**) لقوله تعالى : ﴿ وَمِنَ ٱلنَّاسِ مَن يَشۡتَرِي لَهۡوَ ٱلۡحَدِيثِ ﴾ [لقمان : ٦] قال ابن مسعود : هو الغناء . رواه الحاكم وصححه[٦] ، ورواه البيهقي عن ابن عباسٍ وجماعة من التابعين[٧] .

وليس بحرام ؛ لما في « البخاري » من قصة الجاريتين اللتين غَنَّتَا يوم عيد

---

(١) السنن الكبرى (٨٣٩٠) عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه .

(٢) التمهيد (٨/ ٢٤٢) .

(٣) قال النووي في « الإيضاح » (ص : ٧٧) : بنَدْبه .

(٤) تهذيب اللغة (٥/ ١٨٦) وعبارته : (قال الليث : يقال : حَدَا يَحْدُو حَدْواً وحُدَاءً ممدود : إذا رجز الحادي خلف الإبل) . وليس في المطبوع منه : (وغيره) أو ما في معناه . والله أعلم .

(٥) الحاوي الكبير (٢١/ ١٤١) .

(٦) المستدرك (٢/ ٤١١) .

(٧) السنن الكبير (٢١٠٤٥) وقال : (ورويناه عن مجاهد وعكرمة وإبراهيم النخعي) .

. . . .

بحضرة النبي صلى الله عليه وسلم[١] .

وقيل : يحرم سماع كثيره دون قليله ، **وقيل** : يحرم مطلقاً .

وقال الأستاذ أبو منصور : إذا سلم من تضييع فرض ولم يترك حفظ حرمة الشارع . . فهو محمود .

قال : ومذهب الشافعي الجواز إذا سمعه من الرجل ، ولم يسمعه على قارعة الطريق ، ولم يقترن به مكروه .

قال : ونص الشافعي في بعض كتبه على أن المحرم منه على جُعْل[٢] .

وقال صاحب « الكافي » : إن صحت النية فيه . . لم يكره ، ونحوهُ قولُ الغزالي وابن حزم : إن نوى به الترويح[٣] ليقوي على الطاعة . . فهو مطيع ، أو على المعصية . . فهو عاص ، وإن لم ينو شيئاً . . فلغو[٤] .

وقال البغوي في « تعليقه » : من سمع شيئاً ذا وجهين فقام وضرب برجله طرباً لذكر الله . . لم تردّ شهادته ، فإن لم يحتمل إلا شيئاً واحداً وهو الفسق . . فحرام .

هذا كله في الرجل .

أما المرأة الأجنبية . . فالكراهة فيها أشد ؛ لخوف الفتنة ، قاله ابن الصباغ

---

(١) صحيح البخاري (٩٥٢) عن عائشة رضي الله عنها .

(٢) عبارة « تكملة كافي المحتاج » (ص : ١٥٠) : (على أن المحرم منه ما يغنّى به على جُعل) . وراجع « الأم » (٧/٥١٨) .

(٣) أي : ترويح القلب .

(٤) راجع « إحياء علوم الدين » (٤/٤٣٧ ، ٤٥٩ ، ٤٧٣) (كتاب السماع والوجد) ، و« المحلّى » (مسألة بيع آلات اللهو) (١٥٦٦) (٧/٥٥٩) .

. . . .

وتبعه الرافعي هنا[١] ، وحكى الغزالي في « الإحياء » عن القاضي أبي الطيب : أنه لا يجوز بحال عند أصحاب الشافعي ، سواء كانت مكشوفةً أو من وراء حجاب ، حرة أو أمة[٢] .

وكذا صرح بالتحريم القاضي حسين ، وادعى أنه لا خلاف فيه مستدلاً بحديث : « **مَنِ اسْتَمَعَ إِلَى قَيْنَةٍ . . صُبَّ فِي أُذُنِهِ الآنُكُ** »[٣] .

وادعى ابن حزم فيه الوضع ، قال : عبيد بن هشام الحلبي : مجهول[٤] ، وليس كما قال ، بل هو معروف وثَّقه أبو داود وغيره[٥] .

وهذا هو الخلاف السابق : أن صوتها هل هو عورة[٦] ؟

قال الزركشي : **وقضيته** : اختصاص الخلاف بالحرة ، فإن صوت الأمة ليس بعورة قطعاً ، لكن الخلاف يجري فيها على عدم السواء[٧] ، **والصواب** : تحريم غناء الأجنبية وإن قلنا : إن صوتها ليس بعورة ؛ لأن الغناء الملحَّنَ بالنغمات ، المؤثِّرَ بالتَّخْنيث والتغنُّج[٨] كما هو شأن المغنيات ، الباعث على

---

(١) الشرح الكبير (١٣/ ١٤) .

(٢) إحياء علوم الدين (٤/ ٤١٣) .

(٣) أخرجه ابن عساكر في « تاريخ دمشق » (٥١/ ٢٦٣) عن أنس رضي الله عنه . وأورده عنه السيوطي « في الجامع الصغير » ورمز له بالضعف . (٦/ ٨٣) مع « فيض القدير » .

(٤) المحلّى (٧/ ٥٦٢) دار الفكر .

(٥) راجع « تهذيب الكمال » (٤٣٣١) (٥/ ٨١ ـ ٨٢) ، و« تاريخ الإسلام » للذهبي (٣٠٤) (٥/ ١١٧٩) .

(٦) أي : في أوائل (كتاب النكاح) .

(٧) قوله : (على عدم السواء) كذا في (أ) و(ب) ، وفي « تكملة كافي المحتاج » للزركشي (ص : ١٥٣) : (على حدّ السواء) وهو الصواب .

(٨) **الغَنْج في الجارية** : تكسُّر وتدلُّل . النهاية في غريب الحديث والأثر (ص : ٦٦٨) .

وَيَحْرُمُ اسْتِعْمَالُ آلَةٍ مِنْ شِعَارِ الشَّرَبَةِ ؛ كَطُنْبُورٍ وَعُودٍ وَصَنْجٍ وَمِزْمَارٍ عِرَاقِيٍّ ، وَاسْتِمَاعُهَا ، . . . .

الفسق[١] . . لا يُشْبه الصوتَ الخاليَ عن ذلك الذي يجب أن يكون محل الخلاف ، ويلتحق بها الأمرد الجميل بل هو أشد ، وقد نقله أبو العباس القرطبي عن جمهور من أباح الغناء[٢] .

وأفهم قوله : (بلا آلة) : تحريمه مع الآلة ، قال الزركشي : **لكن القياس** : تحريم الآلة فقط ، وبقاء الغناء على الكراهة ، وقد سبق مثله عن الإمام في العوض على الشطرنج[٣] .

والغناء بكسر الغين والمد : رفع الصوت بالشعر .

قوله : (ويحرم استعمال آلة من شعار الشَّرَبَة ؛ كطُنبور وعود وصَنْج ومزمار عراقي ، واستماعها) لقوله صلى الله عليه وسلم : « **لَيَكُونَنَّ فِي أُمَّتِي أَقْوَامٌ يَسْتَحِلُّونَ الْحِرَ وَالْحَرِيرَ وَالْخَمْرَ وَالْمَعَازِفَ** » . رواه البخاري تعليقاً ، ووصله الإسماعيلي وأبو نعيم في « المستخرج » ، وأبو داود بأسانيد صحيحة[٤] .

---

(١) وعبارة « تكملة كافي المحتاج » (ص : ١٥٣) : (الباعث على العشق والتغَلغُل في الفسق) .

(٢) تكملة كافي المحتاج (ص : ١٥٣ـ ١٥٤) . قوله : (وقد نقله . . .) إلخ ؛ أي : نقل أن جمهور من أباح الغناء حكموا بتحريمه من الأجنبية على الرجال والنساء . راجع « كف الرعاع » (ص : ٥٩) .

(٣) في شرح قول المتن : (فإن شرط فيه . . .) . وراجع « نهاية المطلب » (١٩/ ١٩ـ ٢٠) و« تكملة كافي المحتاج » (ص : ١٥٥ـ ١٥٧) .

(٤) صحيح البخاري (٥٥٩٠) ، سنن أبي داود (٤٠٣٩) عن أبي عامر ـ أو أبي مالك ـ الأشعري رضي الله عنه . وفي « أبي داود » : « الخزَّ » بدل « الحِرَ » . قال الحافظ في « الدراية » (٣/ ١٧٤) : (واختلف في ضبط هذه اللفظة ، فقيل : بالحاء والراء =

لاَ يَرَاعٌ فِي الأَصَحِّ . . . .

قال الجوهري وغيره : **المعازف** : آلات اللهو[١] .

والمعنى فيه ـ كما قاله في « الإحياء » ـ : أنها تدعوا إلى شرب الخمر ، لاسيما من قرب عهده به ؛ ولهذا حرم شرب قليله ، ولأنها شعار أهل الشرب ، **والتشبه بأهل المعاصي حرام**[٢] .

والحديث والمعنى كما يدلان على تحريم الاستماع . . يدلان على تحريم الاستعمال ، **وفهم منه** : تحريم الاتخاذ من باب أولى .

وقوله : (**واستماعها**) نبه به على أن المحرم : الإصغاء إليه ؛ كما حكاه البندنيجي عن الأصحاب ، أما إذا طرق سمعه من غير قصد . . فلا يحرم .

قوله : (**لا يَرَاعٌ في الأصح**) لما روى أبو داود عن نافع : أن ابن عمر سمع زَمَّارَة راعٍ فجعل إصبعَيْه في أذنَيْه وعدل عن الطريق ، وجعل يقول لنافع : أتسمع ؟ فأقول : نعم ، فلما قلت : لا . . رجع إلى الطريق ، ثم قال : هكذا رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يفعله . رواه ابن ماجه[٣] .

قال ابن حزم : فلما لم يأمر نافعاً بسد أذنيْه ، ولم يَنْهَ الراعي . . دل على جوازه ، وسدّ الأذن توّرعاً أو لأنه في حالة ذكر ليجتمع فكره[٤] .

= المهملتين ؛ أي : الفرج ، والمراد به : الإشارة إلى تحريم الزنا ، والآخر بالخاء والزاي المعجمتين ، وهو يعارض المذكور هنا ، لكن الأول هو الصواب ، قاله عبد الحق) .

(١) الصحاح (ص : ٧٠٠) .

(٢) إحياء علوم الدين (٤/ ٤٢٤ـ ٤٢٥) .

(٣) سنن أبي داود (٤٩٢٤) ، سنن ابن ماجه (١٩٠١) . ولعل الصواب : (ورواه ابن ماجه) ، أو مراده به لفظ : (هكذا رأيت . . .) إلخ ؛ إذ هو في « أبي داود » بلفظ : (كنت مع النبي صلى الله عليه وسلم فسمع مثل هذا ، فصنع مثل هذا) .

(٤) المحلّى (٧/ ٥٧٠) دار الفكر .

قُلْتُ : الأَصَحُّ : تَحْرِيمُهُ ، وَاللهُ أَعْلَمُ .

وَيَجُوزُ دُفٌّ لِعُرْسٍ وَخِتَانٍ ، ....

وهذا[١] ما رجّحه الرافعي والجَاجَرْمي في « الإيضاح » تبعاً للغزالي وغيرهم[٢] .

(قلت : الأصح : تحريمه ، والله أعلم) لأنه يطرب انفراده[٣] فحرم كسائر المزامير ، والحديث منكر ، قاله أبو داود[٤] ، وإن صح . . فهو حجة في التحريم ، وإنما لم يأمره بسد أذنه ؛ لأنه لم يصْغِ إليها ؛ ولهذا قال : (أتسمع) ولم يقل : أتستمع .

ورجّحه البغوي ، وصاحب « الكافي » ، وجزم به ابن أبي عصرون ، وحكى المصنف عن الدولعي : ترجيحه[٥] .

فائدة : اليراع : الشبابة ، سميت بذلك لخلو جوفها ، ومنه : رجلٌ يَرَاعٌ[٦] ، أي : لا قلب له .

قوله : (**ويجوز دف لعرس وختان**) أما العرس . . فلما رواه البخاري عن الرُّبَيّع بنت مُعَوّذ قالت : جاء النبي صلى الله عليه وسلم فجلس على فراشي حين بُنِيَ بِي فجَعَلتْ جُوَيْرِياتٌ يضربْنَ بالدف . . . الحديث[٧] .

---

(١) أي : عدم تحريم اليراع .

(٢) الشرح الكبير (١٣/ ١٥) ، الوسيط (٤/ ٤٢٧) .

(٣) قوله : (انفراده) كذا في (أ) و(ب) ، وفي بعض الشروح : (بانفراده) . قال الزركشي : (فأما إذا أضيف إليه الدّف . . فلا خلاف في التحريم) . تكملة كافي المحتاج للزركشي (ص : ١٦٩) .

(٤) سنن أبي داود (٤٩٢٤) .

(٥) التهذيب (٨/ ٢٦٧) ، روضة الطالبين (٨/ ٢٠٦) .

(٦) أي : عدم تحريم اليَرَاع .

(٧) صحيح البخاري (٥١٤٧) .

. . . .

وحسّن الترمذي حديث: « **فَصْلُ مَا بَيْنَ الْحَلَالِ وَالْحَرَامِ الدُّفُّ وَالصَّوْتُ** ». وصحّحه ابن حبان والحاكم[١] .

وأما الختان.. فلما روى ابن أبي شيبة عن ابن سيرين قال : نُبِّئْتُ أن عمر رضي الله عنه كان إذا سمِع صوتاً.. أنكره ، فإن كان عرساً أو ختاناً.. أَقَرَّه[٢] .

وذكره الرافعي بلفظ : كان إذا سمع صوت الدف.. بَعَث ؛ فإن كان في النكاح أو الختان.. سكت ، وإن كان غيرهما.. عمل بالدِّرَّة[٣] .

وظاهر تعبيره بالجواز : الإباحة المجردة ، لكن جزم البغوي في « شرح السنة » باستحبابه[٤] ، ويؤيده الحديث السابق[٥] .

فائدة : **الدف** بضم الدال ، والفتح لغة ، قاله الجوهري[٦] ، وقال القاضي عياض في « التنبيهات » : هو المدوَّر من وجه واحدٍ ، وهو الغِرْبال ، وأما المربع الذي بوجهين.. فهو المِزْهَر[٧] .

---

(١) سنن الترمذي (١١١٣) ، المستدرك (٢/ ١٨٤) ، ولم أجده في « صحيح ابن حبان » ولا من عزاه إليه في كتب التخريج ، إلا ما في « النجم الوهاج » (١٠/ ٣٠٣) ، و« تكملة كافي المحتاج » للزركشي (ص : ١٧٣) ، والله أعلم ، **والصوت** : إعلان النكاح . راجع « السنن الكبير » (١٥/ ٩٨) .

(٢) المصنف (١٦٦٥٩) .

(٣) الشرح الكبير (١٣/ ١٥ـ١٦) .

(٤) شرح السنة (٩/ ٤٧ ، ٤٩) ، (١٠/ ٢٥) .

(٥) وهو : « **فَصْلُ مَا بَيْن**... » إلخ . كما في « تكملة كافي المحتاج » (ص : ١٧٤) .

(٦) الصحاح (ص : ٣٤٧) .

(٧) التنبيهات المستنبطة على الكتب المدوّنة والمختلطة (٢/ ٥٨٠) وفيه : (والمِزْهر عند العرب هو : عود الغناء) .

وَكَذَا غَيْرُهُمَا فِي الأَصَحِّ وَإِنْ كَانَ فِيهِ جَلاَجِلُ .

وَيَحْرُمُ ضَرْبُ الْكُوبَةِ ، وَهُوَ : طَبْلٌ طَوِيلٌ ضَيِّقُ الْوَسَطِ ، . . . .

قوله : (**وكذا غيرهما في الأصح**) أي : لقدوم غائب وكل سرور حادثٍ من ولادة وشفاء مريض ونحوهما ؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال للَّتِي نذَرتْ أن تضرب بين يديه بالدف إن رجَع من سفره سالماً : « **أَوْفِي بِنَذْرِكِ** » . حسَّنه الترمذي[١] .

وفي « البخاري » : الضرب به يوم العيد[٢] .

والثاني : المنع ، رواه البيهقي عن ابن عباسٍ[٣] ، وجزم به العراقيون ، وتبعهم ابن أبي عصرون .

قوله : (**وإن كان فيه جلاجل**) أي : **على الصحيح** ؛ لإطلاق الأخبار .

وكان ينبغي أن يؤخر قوله : (**في الأصح**) لئلا يوهم القطع بعدم الفرق ، وصرَّح في « المحرر » بالخلاف فيهما[٤] .

وقال ابن أبي الدم : **المراد بالجلاجل** : الصُّنُوجُ[٥] ، وقد يراد بها : الحِلَق التي تعمل على المَزَاهر[٦] .

قوله : (**ويحرم ضرب الكوبة ، وهو**[٧] : **طبل طويل ضيق الوسط**) واسع

---

(١) سنن الترمذي (٤٠٢٢) ، وأخرجه ابن حبان (٤٣٨٦) عن بريدة رضي الله عنه . وفي (أ) و(ب) : (للذي) بدل (للتي) ، (أوف) بدل (أوفي) .

(٢) صحيح البخاري (٩٥٢) عن عائشة رضي الله عنها .

(٣) السنن الكبير (٢١٠٤١) .

(٤) المحرر (٣/ ١٦٧٧) .

(٥) **الصَّنْج** : صفيحة مدوّرة من صفر يضرب بها على أخرى . المعجم الوسيط (ص : ٥٢٥) .

(٦) **المِزْهر** : عود الغناء . وقد سبق آنفاً .

(٧) وفي « المنهاج » المطبوع : (وهي) بدل : (وهو) .

لاَ الرَّقْصُ ، . . . .

الطرفين ؛ أي : **على الصحيح** ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « **إِنَّ اللهَ حَرَّمَ الْخَمْرَ وَالْمَيْسِرَ وَالْكُوبَةَ** » . رواه أبو داود وابن حبان في « صحيحه »[١] .

والمعنى فيه : التشبه بالمخنّثين فإنهم يعتادون الضرب به .

وتوقّف الإمام فيه ؛ لعدم صحة الخبر عنده[٢] ، وصرح الرافعي بإباحة ما عداها من الطبول[٣] ، وأفهمه كلام الكتاب ، لكن العراقيون أطلقوا تحريم الطبول من غير تفصيل ؛ كما قاله صاحب « الذخائر » ، لكن مرادهم : طبول اللهو ، وجزم به القاضي حسين والبغوي[٤] وصاحب « الكافي » ، والحليمي ، واستثنى[٥] : الحرب والعيد والحجيج .

قوله : (**لا الرقص**) أي : فلا يحرم ؛ لزَفْن الحبشة في المسجد ، وهو في « الصحيحين »[٦] .

والزفن : الرقص ، قاله الجوهري[٧] وغيره .

قال الزركشي : كذا استدلوا به ، **وفيه نظر** ؛ لأنه للتنشيط على الحرب والجهاد ، فلا يقتضي الإباحة المطلقة ، على أن في رواية مسلمٍ : أنه كان يوم العيد[٨] .

---

(١) صحيح ابن حبان (٥٣٦٥) ، سنن أبي داود (٣٦٩٦) عن ابن عباس رضي الله عنهما .
(٢) نهاية المطلب (١٩/ ٢٢ـ٢٣) .
(٣) الشرح الكبير (١٣/ ١٦) .
(٤) التهذيب (٨/ ٢٦٦) .
(٥) أي : الحليمي ؛ كما في « كف الرعاع » (ص : ١٠٠) .
(٦) صحيح البخاري (٤٥٤) ، صحيح مسلم (٨٩٢/ ١٨) عن عائشة رضي الله عنها .
(٧) الصحاح (ص : ٤٥٣) .
(٨) صحيح مسلم (٨٩٢/ ١٩) ، وكذا هو في « صحيح البخاري » (٩٥٠) . وراجع « تكملة كافي المحتاج » للزركشي (ص : ١٨٦) .

إِلاَّ أَنْ يَكُونَ فِيهِ تَكَسُّرٌ ؛ كَفِعْلِ الْمُخَنَّثِ ، ....

وأطلق الفوراني في « العمد » : الإباحة ، وكذا في « الوسيط »[١] .

وقال القفال : يكره ؛ لخرم المروءة ، وجزم به في « النهاية »[٢] و« البسيط » ، وأشار القاضي حسين والغزالي في « الإحياء » للتفصيل بين أرباب الأحوال الذين يقومون بوجْدٍ . . فيجوز لهم ، ويكره لغيرهم[٣] ، وصرح به الأستاذ أبو منصور .

ونقل الشيخ إبراهيم المرُّوذي في « تعليقه » عن القاضي : ردَّ الشهادة به لغير أصحاب الأحوال .

قال الإمام البلقيني : لا حاجة لاستثناء أصحاب الأحوال ؛ لأنه ليس بالاختيار ، فلا يوصف بإباحة ولا غيرها .

قوله : (**إلا أن يكون فيه تكسر ؛ كفعل المخنّث**) أي : فيحرم ، كذا نقل الرافعي استثناءه عن الحليمي فقط فقال : إنه يحرم على النساء والرجال[٤] .

قال الزركشي : **وفيه نظر** ، فإن الذي في « كتاب الحليمي » : أنه إن لم يكن فيه تَثَنٍّ وتكسُّرٌ . . فلا بأس به . انتهى ، ولا يلزم منه التحريم عند التكسّر ، فقد يكون مكروهاً كما صار إليه الشيخ أبو علي فيما نقله عنه ابن أبي الدم[٥] .

وقال البلقيني : إن كان التحريم للتشبه بالمخنّث المتشبه بالنساء . . فإنما

(١) الوسيط (٤/ ٣٢٩) .
(٢) نهاية المطلب (١٩/ ٢٦) .
(٣) إحياء علوم الدين (٤/ ٥٢٦ـ ٥٣١) .
(٤) الشرح الكبير (١٣/ ١٦) .
(٥) تكملة كافي المحتاج للزركشي (ص : ١٨٨ـ ١٨٩) .

وَيُبَاحُ قَوْلُ شِعْرٍ وَإِنْشَادُهُ إِلاَّ أَنْ يَهْجُوَ ، أَوْ يُفْحِشَ ، أَوْ يُعَرِّضَ بِامْرَأَةٍ مُعَيَّنَةٍ ،

يحرم على الرجال ؛ للَعْن المتشبهين من الرجال بالنساء ، ولا يحرم على المرأة ؛ فإنه لا دليل يقتضي التحريم .

فرع : التصفيق باليد للرجال للَّهو حرام ؛ لما فيه من التشبه بالنساء .

والمخنَّث : بكسر النون وفتحها ، والكسر أفصح ، وهو : الذي يتخلّق بأخلاق النساء .

قوله : (**ويباح قول شعر وإنشاده**) بالإجماع ؛ لأنه صلى الله عليه وسلم كان له شعراء ، منهم : حسان بن ثابت وعبد الله بن رواحة[١] ، واستنشد من شعر أميّةَ بن أبي الصلت مئة بيت . رواه مسلم[٢] ، وفي « البخاري » : « **إِنَّ مِنَ الشِّعْرِ لَحِكْمَةً** »[٣] .

وذكر الماوردي : أنه يستحب منه ما حذَّر من الآخرة ، وما حثَّ على مكارم الأخلاق[٤] .

قوله : (**إلا أن يهجو ، أو يُفْحِش ، أو يعرض بامرأة معينة**) أي : فيحرم في الثلاث ، أما الهجو . فللإيذاء ولو كان صادقاً ، وحمَل الشافعي رضي الله عنه قولَه صلى الله عليه وسلم : « **لأَنْ يَمْتَلِىءَ جَوْفُ أَحَدِكُمْ قَيْحاً خَيْرٌ لَهُ مِنَ أَنْ يَمْتَلِىءَ شِعْراً** »[٥] . . على الهجو والفحش ، وقال أبو عُبَيْدة : **معناه** : أن يغلب عليه فيشغل عن القرآن والفقه[٦] .

---

(١) وكعب بن مالك رضي الله عنهم . تحفة المحتاج (١٠/ ٤٢٠) .
(٢) صحيح مسلم (٢٢٥٥) عن الرشيد بن سُوَيد الثقفي رضي الله عنه .
(٣) صحيح البخاري (٦١٤٥) عن أبي بن كعب رضي الله عنه .
(٤) الحاوي الكبير (١٧/ ٢٠٩) دار الكتب العلمية .
(٥) أخرجه البخاري (٦١٥٥) ، ومسلم (٢٢٥٧) عن أبي هريرة رضي الله عنه .
(٦) قوله : (أبو عبيدة) كذا في (أ) و(ب) و« النجم الوهاج » (١٠/ ٣٠٧) . وفي « تكملة =

. . . .

وأما الإفحاش . . **فالمراد به** : أن يمدح الناس ويُطْرِيَ[١] .

وأما التعريض بامرأة معينة . . فلما فيه من الإيذاء والإشهار ، وكذا تردُّ شهادته إذا كان يصف الأعضاء الباطنة ؛ لما فيه من هتك الستر .

واحترز بالمعينة : عن التشبيب[٢] بغير المعينة ، فلا ترد شهادته ؛ كما نص عليه ، ذكره البيهقي في « سننه »[٣] .

ومقتضى إطلاق المصنف : أنه لا فرق بين الأجنبية ومن تحلُّ له ، لكن في « الروضة » و« أصلها » : وجهان في التشبيب بالزوجة والأمة ، **الصحيح** : أنه ترد شهادته إذا ذكرهما بما حقه الإخفاء[٤] .

والتشبيب بالغلام . . كالمرأة إذا عيَّنه .

تنبيه : قضية إطلاقه الهجو : أنه لا فرق فيه بين التصريح والتعريض ، وجزم به في « الشرح الصغير » ، ولا بين القليل والكثير ، لكن الدارمي اغتفر اليسير منه ، وهو مقتضى كلام الشافعي في « الأم » حيث قيده بالإكثار[٥] **وهو الصواب** ، قاله الزركشي[٦] .

= كافي المحتاج » للزركشي (ص : ٥٥٦) : (أبو عبيد) ، ولكليهما « غريب الحديث » لأبي عبيد القاسم بن سلام (١/ ١٦٢ـ ١٦٣) ، و« غريب » أبي عبيدة معمر بن المثنى غير مطبوع .

(١) **أَطْراه** : أحسن الثناء عليه وبالغ فيه . المعجم الوسيط (ص : ٥٥٦) .

(٢) **شَبَّبَ الشاعر بفلانة** : قال فيها الغزل وعرّض بحبّها ، وشبّب قصيدته : حسّنها وزينّها بذكر النساء . المصباح المنير : (ص : ٣٠٢) .

(٣) السنن الكبير (٢١/ ٢١٢) ، الأم (٧/ ٥١٤) .

(٤) روضة الطالبين (٨/ ٢٠٧) ، الشرح الكبير (٣/ ١٧) .

(٥) الأم (٧/ ٥١٣) .

(٦) تكملة كافي المحتاج (ص : ٢٠٠) .

وَالْمُرُوءَةُ : تَخَلُّقٌ بِخُلُقِ أَمْثَالِهِ فِي زَمَانِهِ وَمَكَانِهِ ، فَالأَكْلُ فِي سُوقٍ ، وَالْمَشْيُ مَكْشُوفَ الرَّأْسِ ، وَتَقْبِيلُهُ زَوْجَتَهُ . . . .

وهذا في المسلم ، وأما الكفار . . فيجوز هجوهم ؛ كما قاله الروياني وغيره ؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم أَمَرَ حساناً فهَجَاهم[١] .

قال الزركشي : لكن قضية الاستدلال تخصيصه بالحربيين ، لا من له ذمة أو عهد ، وألحق في « الإحياء » المبتدعة بالكفار[٢] .

وقوله : (يفحش) بضم الياء وكسر الحاء مضارع أفحش .

قوله : (**والمروءة : تخلق بخلق أمثاله في زمانه ومكانه**) لأن ما لا ضابط له في الشرع ولا في اللغة . . يرجع فيه إلى العرف ، والأمور العرفية قَلَّ ما تنضبط ، بل تختلف باختلاف الأشخاص والبلدان ، بخلاف العدالة ؛ فإن الفسق يستوي فيه الشريف والوضيع ، بخلاف المروءة فإنها تختلف ، فإذا مَشَى بطَاقية وقميص في الشتاء ، أو بجلد كبش في الصيف بُخْلاً لا تضييقاً ولم تجر عادة أهل البلد بذلك . . كان قادحاً في المروءة ؛ لأنه لم يتخلّق بخلق أمثاله .

وقيل : **المروءة** : التحرّز مما يسخر منه ويضحك .

وقيل : أن يصون نفسه من الأدناس ، ولا يشينها عند الناس ، رجحه القاضي حسين ، واقتصر عليه في « الروضة »[٣] .

قوله : (**فالأكل في سوق ، والمشي مكشوف الرأس ، وتقبيله زوجته**

---

(١) أخرجه البخاري (٦١٥٣) ، ومسلم (٢٤٨٦) عن البراء بن عازب رضي الله عنه .

(٢) إحياء علوم الدين (٤/ ٤٥٥) ، تكملة كافي المحتاج (ص : ٢٠٠) .

(٣) روضة الطالبين (٨/ ٢٠٩) .

أَوْ أَمَتَهُ بِحَضْرَةِ النَّاسِ ، وَإِكْثَارُ حِكَايَاتٍ مُضْحِكَةٍ ، وَلُبْسُ فَقِيهٍ قِبَاءً أَوْ قَلَنْسُوَةً حَيْثُ لاَ يُعْتَادُ ، وَإِكْبَابٌ عَلَى لَعِبِ شَطْرَنْجٍ أَوْ غِنَاءٍ أَوْ سَمَاعِهِ ، وَإِدَامَةُ رَقْصٍ يُسْقِطُهَا ، . . . .

أو أمته[١] بحضرة الناس ، وإكثار حكايات مضحكة ، ولبس فقيه قباء أو قلنسوة[٢] حيث لا يعتاد ، وإكباب على لعب شطرنج[٣] أو غناء أو سماعه ، وإدامة رقص يسقطها) أي : لمنافاة ذلك للمروءة ، وفي الحديث : « **الأَكْلُ فِي السُّوقِ دَنَاءَةٌ** » . رواه الطبراني في « معجمه » من حديث أبي أمامة بإسناد لين[٤] .

ومقتضى عبارته : سقوطها بمرة واحدة ، قال البلقيني : **والمعتمد** : أنه لا بد من تكرره تكراراً دالاً على قلة المبالاة .

وقال الزركشي : ظاهر نص الشافعي رضي الله عنه وجرى عليه العراقيون وغيرهم : أن من تعاطى بعض ما هو خلاف المروءة . . قبلت شهادته ، إلا أن يكون الأغلب عليه ذلك . . فترد شهادته[٥] .

ومحله : ما إذا لم يكن سوقياً ، وقد يقال : إن ذكر المروءة يفهمه فلا يَرِدُ على إطلاق المصنف ، وكذا لو دَهَمَه جوع فأكل ، أو عطش فشرب . . فلا تردّ به شهادته ؛ كما قاله البغوي في « تعليقه » ، ولم يتعرض الرافعي لمسألة الجوع[٦] .

---

(١) وفي « المنهاج » وسائر الشروح المطبوعة : (وقُبْلة زوجة أو أمة) .
(٢) وفي « المنهاج » المطبوع : (وقلنسوة) .
(٣) وفي « المنهاج » المطبوع : (الشطرنج) .
(٤) المعجم الكبير (٨/٢٠٨) ، وراجع « كشف الخفاء » (٥٢٠) .
(٥) الأم (٨/١٢٩ـ ١٣٠) .
(٦) الشرح الكبير (١٣/٢١) .

. . . .

وكذا لو كان صُوفياً بريئاً[١] من التكلفات العارضة ؛ كما جزم به في « الكافي » .

قال الزركشي : **وقضيته** : طرده في اللبس وما في معناه ، وهو ظاهر ما ذكره الرافعي في حمل الطعام إلى بيته[٢] .

وليس ذكر الرأس للتقييد ، بل حكم البدن مما ليس بعورة كذلك إذا لم يكن ممن يليق به .

وتعبيره بـ(الناس) في تقبيل الزوجة يقتضي اعتبار الجمع ، وليس كذلك ، فلو قال : (بحضرة الغير) . . لكان أحسن .

قال البلقيني : **والمراد** : الناس الذين يستحيي منهم ، فتقبيل الزوجة بحضرة الجواري أو الزوجات . . لا يعدّ من ترك المروءة .

وقوله : (**إكثار حكايات مضحكة**) أي : عن غيره أو عن نفسه . . يقتضي أن القليل بخلافه .

وفي معنى لبس الفقية قباء عكسه ؛ كلبس الحمال[٣] لبس القضاة فإنه يتخذ نفسه ضحكة .

وقوله : (**حيث لا يعتاد**) قيد في الأخير خاصة ، قال الزركشي : وينبغي

---

(١) وفي (أ) و(ب) : (برئا) . والذي أثبتناه من « تكملة كافي المحتاج » (ص : ٢١١) . وعبارة « عمدة المحتاج » (١٥/٣٠٣) : (وكذا لو كان يلبس ما يجد ويأكل حين يجد لتقلله وبراءته من التكلفات المعتادة) .

(٢) الشرح الكبير (١٣/٢٢) .

(٣) وفي « تكملة كافي المحتاج » للزركشي (ص : ٢١٤) : (كلبس الجمال) بالمعجمة التحتية .

. . . .

عوده إلى المشي كما سبق(١) .

وقوله : (**وإكباب على لعب شطرنج**) أي : وإن لم يقترن به ما يحرّمه ، ويرجع في قدر الإكباب إلى العادة ، **والتقييد به يقتضي** : أنه لا يضر القليل منه ، وهو كذلك في الخلوة .

وقوله : (**أو غناء**) أي : وإكباب على غناء إما بنفسه أو باستماعه ، **والمنصوص** : أن اتخاذ الغناء صناعة تردّ به الشهادة ؛ لأنها حرفة دنيئة ، ويعدّ فاعلها في العرف ممن لا حياء له(٢) ، خلافاً لما قاله الرافعي من استثنائه(٣) .

وقوله : (**أو سماعه**) حقه أن يعبّر بـ(الاستماع) لأنه المؤثر .

وقوله : (**وإدامة رقص**) أي : الإكثار منه ، **والمراد** : الخالي عن التكسر ، ثم هذا فيمن يفعله خلوة مع أهل الستر ، أما من يرقص ظاهراً وحده(٤) فخالع لجِلْباب الحياء والمروءة بالكلية .

والواو في قوله : (**والمشي**) وما بعده بمعنى : (أو) كقوله تعالى : ﴿ مَثْنَىٰ وَثُلَٰثَ ﴾ [النساء : ٣] .

فائدة : يقال : **قَلَنسوة** بفتح القاف واللام ، وقُلَنْسِية بضم القاف ، إذا فتحْتَ القاف . . ضممْتَ السين ، وإذا ضممْتَ القاف . . كسرت السين ، وقلبت الواو ياءً ، قاله الجوهري(٥) .

---

(١) تكملة كافي المحتاج (ص : ٢١٥) .
(٢) الأم (٧/٥١٨) .
(٣) الشرح الكبير (١٣/١٨) .
(٤) قوله : (يرقص ظاهراً وحده) كذا في (أ) و(ب) . وفي « تكملة كافي المحتاج » للزركشي (ص : ٢١٨) : (يرقص ظاهراً مع من وَجَده) .
(٥) الصحاح (ص : ٨٨٠) .

وَالأَمْرُ فِيهِ يَخْتَلِفُ بِالأَشْخَاصِ وَالأَحْوَالِ وَالأَمَاكِنِ ، وَحِرْفَةٌ دَنِيئَةٌ ؛ كَحِجَامَةٍ وَكَنْسٍ مِمَّنْ لاَ تَلِيقُ بِهِ تُسْقِطُهَا ، فَإِنِ اعْتَادَهَا وَكَانَتْ حِرْفَةَ أَبِيهِ . . فَلاَ فِي الأَصَحِّ .

والقباء : ممدود وهو عربي ، قال ابن الجَوَاليقي : سمي به لاجتماع أطرافه ، وكل شيء جمَعْتَه بأصابعك . . فقد قَبَوْتَهُ ، وقال صاحب « تثقيف اللسان » : يجوز صرفه وتركه ، فمن صرف جعله مذكَّراً[١] .

قوله : (**والأمر فيه يختلف بالأشخاص ، والأحوال ، والأماكن**) لأن المراد العرف ، فقد يقبح الشيء في شخص دون غيره ، وفي حال دون حال ، فليس لعب الشطرنج في الخلوة مراراً كلَعْبه في السوق مرة ، وفي قطر دون قطر .

وقوله : (**فيه**) يحتمل رجوعه للرقص ، **والظاهر** : رجوعه لجميع ما تقدم ، وكلام « المحرر » صريح فيه[٢] .

أما الأكل والشرب . . فسبق ما فيه[٣] ، وأما القبلة . . فلا يظهر فيها ذلك بل يقبح بكل حال ، وكذا الإكثار من الضحك والشطرنج .

قوله : (**وحرفة دنيئة ؛ كحجامة وكنس[٤] ممن لا تليق به تسقطها ، فإن اعتادها وكانت حرفة أبيه . . فلا في الأصح**) أما إسقاطها ممن لا تليق به . . فلأن دلالتها على قلة مروءته ظاهرة ، وأما عدم إسقاطها ممَّن اعتادها ؛ أي : تليق به وكانت حرفة أبيه . . فللضرورة ، وإلاَّ . . لتَورَّع الناس عن هذه الحرف

---

(١) تثقيف اللسان (ص : ٢٠٦) .

(٢) المحرر (٣/ ١٦٧٩) .

(٣) أي : آنفاً .

(٤) وفي « المنهاج » المطبوع زيادة : (ودبغ) .

. . . .

فتعمّ الضرورة ، وفي الحديث : « **اخْتِلَافُ أُمَّتِي رَحْمَةٌ** »[١] . وفسَّره الحليمي باختلاف الهمم والحرف .

ووجه مقابل الأصح : أن في اختياره لها مع اتساع طرق الكسب إشعاراً بقلة المروءة .

وقيل : إن لم يحتج لمباشرة النجاسة . . قبل ، وإلا . . فلا .

وما صحَّحه المصنف قاله الغزالي واستحسنه الرافعي[٢] ، وقال المصنف : لم يتعرض الجمهور لهذا القيد ، وينبغي ألاَّ يقيد بصنعة آبائه ، بل ينظر هل تليق به هو أم لا[٣] ؟

تنبيه : المنجم والعراف والكاهن والمصوّر لا تقبل شهادتهم ؛ لأن شعارهم التلبيس على العامة .

ومما عمّت به البلوى الكسب بالشهادة مع أن شركة الأبدان باطلة ، وذلك قادح في العدالة لاسيما إذا منعنا أخذ الأجرة على التحمل ، أو كان يأخذ ولا يكتب فإن نفوس شركائه لا تَطيب بذلك .

قال بعض المتأخرين : وأسلم **طريقة فيه** : أن يُشْترَى ورقٌ مشترك ويكتب ويقسمَ على قدْر ما لكل واحدٍ من ثمن الورق ، فإن الشركة فيها للتساوي في العمل[٤] .

---

(١) أخرجه البيهقي في « المدخل » (١٢٤٨) ، والخطيب في « الكفاية » (١٠١) عن ابن عباس رضي الله عنهما بلفظ : « **اخْتِلَافُ أَصْحَابِي لَكُمْ رَحْمَةٌ** » . وراجع « المقاصد الحسنة » (٣٩) فإنه قد توسّع في تخريجه .

(٢) الوسيط (٤/ ٣٣٠) ، الشرح الكبير (١٣/ ٢٢) .

(٣) روضة الطالبين (٨/ ٢١٠) .

(٤) كذا في (أ) و(ب) . وعبارة الزركشي في « تكملة كافي المحتاج » (ص : ٢٣٤) . (فإن=

وَالتُّهَمَةُ : أَنْ يَجُرَّ إِلَيْهِ نَفْعاً أَوْ يَدْفَعَ عَنْهُ ضَرَراً ، فَتُرَدُّ شَهَادَتُهُ لِعَبْدِهِ وَمُكَاتَبِهِ وَغَرِيمٍ لَهُ مَيْتٍ أَوْ عَلَيْهِ حَجْرُ فَلَسٍ ، . . . .

فائدة : **دنيئة** مهموز بمعنى : دون ، وأما غير المهموز . . **فهو القريب** ، قاله في « الصحاح »[1] ، قال في « القاموس » : الدَّناوة : القرابة ، ثم قال : وهو ابن عمِّي دِنْية ودِنْياً ودِنْيَا لَحّاً[2] .

قوله : (**والتهمة** : **أن يجر إليه نفعاً أو يدفع عنه ضرراً**)[3] أي : يجر إلى نفسه أو يدفع عن نفسه (**فترد شهادته لعبده ومكاتبه وغريم له ميت أو عليه حجر فلس**) قال الزركشي : لا فرق في العبد بين المأذون وغيره[4] ، وقيّده في « المحرر » و« الروضة » و« أصلها » بالمأذون ؛ لأنه إذا لم يكن مأذوناً . . كانت شهادته لنفسه[5] .

وأما في المكاتب . . **فهو الصحيح** ؛ لأن مال الكتابة يتعلق به حق المولى ، ولأنه بصدد العود إليه عند تعجيزه ، فلو شهد له وردّت ثم عَتَق فأعاد السيد . . لم تُقْبل **على الأصح** .

وأما شهادة الغريم للميت . . فلتعلّق حقه بالتركة ، **وفيه وجه** .

قال الزركشي : **ومقتضى إطلاقهم** : أنه لا فرق بين استغراق التركة الديون

= الشركة لا يشترط فيها التساوي في العمل) وهو كذا عنه في « تحفة المحتاج » (١٠/ ٤٢٩) ، و« مغني المحتاج » (٦/ ٣٥٤) وغيرهما .

(١) الصحاح (ص : ٣٥٦) .

(٢) القاموس المحيط (٤/ ٤٧٦) . قال الزبيدي في « تاج العروس » (٣٨/ ٣٨) : (« دِينةً ودنياً » بكسرهما منَّونتين « ودُنْيَا » بالضمّ غير منوَّنة « ودِنياً » بالكسر غير منوَّنَة . . . والمعنى : رحماً أدنى إليّ من غيرها) .

(٣) وفي « المنهاج » المطبوع : (ضراً) بدل : (ضرراً) .

(٤) تكملة كافي المحتاج (ص : ٢٣٥) .

(٥) المحرر (٣/ ١٦٨٠) ، روضة الطالبين (٨/ ٢١١) ، الشرح الكبير (١٣/ ٢٣) .

وَبِمَا هُوَ وَكِيلٌ فِيهِ ، . . . .

أم لا ، وصوّرها في « البيان » بالمستغرق ، وعلَّلَه بأنه إذا ثبت الدين . . تعلّق به حق الشاهد[١] .

وأما الشهادة للمفلس . . فلأنه إذا ثبت صرف إلى دينه ، **وفيه وجه** .

واحترز بقوله : (**حجر**) : عما لو شهد قبل الحجر بعد ثبوت إعساره . . **فالأصح** : القبول ، ويفارق المحجور ؛ لأنه حكم بماله للغرماء حال الشهادة ، بخلاف المعسر ؛ لأن حقوقهم تتعلق بذمته لا بماله .

قال الزركشي : كذا رجَّحاه ـ يعني : الرافعي والنووي ـ لكن الماوردي والروياني صحَّحا المنع ؛ لأنه يستفيد بها المطالبة بدينه فكان كالمحجور ، **وهو المختار**[٢] .

فائدة : **التُّهَمة** بضم التاء وفتح الهاء ، وأصل هذه التاءِ واو .

قوله : (وبما هو وكيل فيه) لأنه يثبت لنفسه سلطنة التصرف في المشهود به ، ولا فرق بين الوكيل بجعْل وغيره ، وكذا الوصي والقيم والمودَع في محل تصرّفهم ؛ لاقتضائها دوام يدهم .

وهذا إذا بين أمره ، فإذا باع وكيل وأنكر المشتري الثمن . . فللوكيل أن يشهد لموكله بأن له عليه كذا وكذا ، ولا يذكر أنه كان وكيلاً في ذلك البيع ، قاله أبو عاصم العبادي في (باب الحيل المباحة) وغلطه الهروي ؛ لجرّه النفع لنفسه . قال الزركشي : **والظاهر** : الأول ؛ لأن القصد جوازه فيما بينه

---

(١) تكملة كافي المحتاج (ص : ٢٣٥) ، البيان (١٣/ ٣٠٨) .

(٢) تكملة كافي المحتاج (ص : ٣٧) ، الشرح الكبير (١٣/ ٢٤) ، روضة الطالبين (٨/ ٢١١) ، الحاوي الكبير (٢١/ ١١٢ـ ١١٣) ، بحر المذهب (١٤/ ٢٨٤) .

وَبِبَرَاءَةِ مَنْ ضَمِنَهُ ، وَبِجِرَاحَةِ مُوَرِّثِهِ .

وَلَوْ شَهِدَ لِمُوَرِّثٍ لَهُ مَرِيضٍ أَوْ جَرِيحٍ بِمَالٍ ....

وبين الله ولا صنع منه[١] .

وأفهم : أن شهادته بما ليس وكيلاً فيه مقبولة ، وحكى الماوردي فيه وجهين[٢] ، صحح في « البحر » : الجواز ، وجزم به الرافعي في (الوكالة)[٣] .

[أما إذا عزل نفسه ثم شهد . . **فالأصح** : أنه إن كان خاصم . . لم تقبل ؛ للتهمة ، وإلا . . قبلت ، قاله الرافعي في (باب الوكالة)][٤] وحَكَى عن الإمام تخصيصه بما إذا شهد على التواصل ، فإن طال الفصل . . **فالوجه** : القطع بقبول الشهادة ، مع احتمال فيه[٥] . انتهى

وهذا الاحتمال جزَم به ابن القاص والعبادي في « أدب القضاء » .

قوله : (**وببراءة من ضمنه**) أي : ترد شهادة الضامن ببراءة مضمونه الذي هو الأصيل بأداء أو إبراء ؛ لأنه يدفع بها الغرم عن نفسه[٦] .

قوله : (**وبجراحة مورثه**) لأنه قد يكون مهلكاً فيستوجب بشهادته الدية ، كذا علله في « الأم »[٧] .

قوله : (**ولو شهد لمورث له مريض**) أي : مرض الموت (**أو جريح بمال**

---

(١) كذا في (أ) و(ب) ، وعبارة « تكملة كافي المحتاج » (ص : ٢٤٣) : (والظاهر : الأول ؛ لأن الأصل جوازه فيما بينه وبين الله ، ولا منع منه) .
(٢) الحاوي الكبير (٢١/ ١١٢) .
(٣) الشرح الكبير (٥/ ٢٤٤) .
(٤) ما بين المعقوفين غير موجود في (ب) .
(٥) الشرح الكبير (٥/ ٢٤٤ـ ٢٤٥) ، نهاية المطلب (٧/ ٥٢) .
(٦) وفي (أ) : (الغريم عن نفسه) .
(٧) الأم (٧/ ٤٤) .

قَبْلَ الانْدِمَالِ . . قُبِلَتْ فِي الأَصَحِّ ، وَتُرَدُّ شَهَادَةُ عَاقِلَةٍ بِفِسْقِ شُهُودِ قَتْلٍ ، وَغُرَمَاءِ مُفْلِسٍ بِفِسْقِ شُهُودِ دَيْنٍ آخَرَ .

وَلَوْ شَهِدَا لاثْنَيْنِ بِوَصِيَّةٍ فَشَهِدَا لِلشَّاهِدَيْنِ بِوَصِيَّةٍ مِنْ تِلْكَ التَّرِكَةِ . . قُبِلَتِ الشَّهَادَتَانِ فِي الأَصَحِّ .

قبل الاندمال . . قبلت في الأصح) لأنه إذا شهد . . لم يحصل له نفع حال وجوبه ؛ لأن الملك يحصل للمشهود له وينفذ تصرفه فيه ، كذا رجَّحه الرافعي[١] ، ونَفَى في « البسيط » الخلاف فيه ، والمنع منسوب إلى العراقيين .

قوله : (وترد شهادة عاقلة بفسق شهود قتل) يحملونه ؛ لأنهم يدفعون عن أنفسهم الغرم .

قوله : (وغرماء مفلس بفسق شهود دين آخر) أي : ظهر عليه ؛ لأنهم يدفعون ضرر المزاحمة .

وكان ينبغي أن يقول : (حجر عليه)[٢] ، فإن الشهادة قبل الحجر مقبولة **على الأصح** ؛ كما سبق[٣] .

قوله : (ولو شهدا لاثنين بوصية فشهدا للشاهدين بوصية من تلك التركة . . قبلت الشهادتان في الأصح) لأن كل بينة منفصلة عن الأخرى ولا تجرُّ شهادته نفعاً إلى نفسه .

والثاني : المنع ؛ لاحتمال المواطأة ، ونقله أبو عاصم العبادي والهروي وشريح الروياني في « أدب القضاء » عن نص الشافعي في رواية الربيع ، ولم

---

(١) الشرح الكبير (١٣/ ٢٤) .
(٢) أي : مفلس حجر عليه .
(٣) أي : آنفاً في قوله : (واحترز بقوله : « حجر » . . .) إلخ .

وَلاَ تُقْبَلُ لأَصْلٍ وَلاَ فَرْعٍ ، ....

يحك ابن المنذر وصاحب « التقريب » عن الشافعي سواه .

وتصحيح الأول تبع فيه الرافعيُّ والمصنفُ الإمامَ[1] .

وقضية إطلاقه : أنه لا فرق بين أن يشهد الآخران قبل حكم الحاكم بشهادة الأولين ، فإن حكم ثم شهد الآخران. . فيجوز أن يختص المنع بالآخرين ، ويجوز أن يجعل بمثابة ما إذا بان فسق الشاهد بعد الحكم .

ويشترط لصحة الدعوى بالوصية على الورثة أن يقول : وأنا قبلت ذلك ، قاله القفال في « فتاويه » ثم قال : وهو مشكل .

قوله : (**ولا تقبل لأصل ولا فرع**) أي : وإن علا وإن سفل ، حكى الشافعي رضي الله عنه في « الأم » : الإجماع فيه[2] ، ولأنه كالشهادة لنفسه ؛ لأنه جزء منه ، ففي « الصحيح » : « **فَاطِمَةُ بِضْعَةٌ مِنِّي** »[3] .

وعن القديم : القبول ، واختاره أبو ثور والمزني وابن المنذر ، وقال : لا يظن ظان الإجماع على الرد ، فقد روينا عن العمرين إجازته[4] .

ولا تقبل تزكية الوالد لولده **على الأصح** ، ولا شهادته له بالرشد سواء كان في حجره أم لا ، وإن أُخِذ بإقراره برشد من في حجره .

وجزم الغزالي في « المستصفى » بعدم قبول شهادة الأب لأحد ابنَيْه على

---

(١) نهاية المطلب (١٩/ ٨٧) ، المحرر (٣/ ١٦٨١) .

(٢) الأم (٨/ ١١٤) .

(٣) صحيح البخاري (٣٧١٤) ، صحيح مسلم (٢٤٤٩) عن المِسْوَر بن مخرمة رضي الله عنه .

(٤) الإشراف على مذاهب العلماء (٤/ ١٩٨ـ ١٩٩) ، والمراد بالعمرين : عمر بن الخطاب وعمر بن عبد العزيز رضي الله عنهما ؛ كما هو مصرّح فيه وراجع « الأوسط » (٧/ ٢٥٨) وما بعدها .

وَتُقْبَلُ عَلَيْهِمَا ، وَكَذَا عَلَى أَبِيهِمَا بِطَلَاقِ ضَرَّةِ أُمِّهِمَا أَوْ قَذْفِهَا فِي الأَظْهَرِ ، .

الآخر[١] ، وهو قضية إطلاق المصنف ، وجزم ابن عبد السلام في « القواعد » بالقبول[٢] .

قوله : (**وتقبل عليهما**) لانتفاء[٣] التهمة ، بل هو أبلغ في الحجة ؛ كما قال تعالى : ﴿ وَشَهِدَ شَاهِدٌ مِّنْ أَهْلِهَآ ﴾ [يوسف : ٢٦] وسواء كان في العقوبات أو غيرها .

وفي **قولٍ أو وجه** : لا تقبل على أصله بما يقتضي قصاصاً أو حد قذف ، **وقيل** : لا تقبل فيما يقتضي القتل إذا كان هو وارثه ؛ لاتهامه .

فإن كان بينهما عداوة . . فيُشْبه تخريجه على الوجهين في إجبار الأب البكر إذا كان بينهما عداوة .

قوله : (**وكذا على أبيهما بطلاق ضرة أمهما أو قذفها في الأظهر**) لضعف تهمة نفْعِ أمهما بذلك .

والثاني : المنع ؛ لأنه محل يجرُّ نفعاً إلى الأم وهو الفراق .

ومن هذا التعليل يعلم : أن محل الخلاف إذا كانت أمُّهما في نكاحه ، فإن لم تكن . . قبلت قطعاً .

ومقتضى إطلاق المصنف : أنه لا فرق بين الطلاق البائن وغيره ، لكن صورها الشيخ عز الدين بالطلاق البائن[٤] ، وفيه إشعار بأنهما لو شهدا بطلاق فيه رجعتها . . أنه تقبل قطعاً ، **وهو حسن** ، قاله الزركشي[٥] .

---

(١) المستصفى (١/ ٣٠١) .
(٢) القواعد الكبرى (٢/ ٧٢) .
(٣) وفي (أ) : (أي : لانتفاء) .
(٤) القواعد الكبرى (٢/ ٧٢) .
(٥) تكملة كافي المحتاج (ص : ٢٥٥) .

وَإِذَا شَهِدَ لِفَرْعٍ وَأَجْنَبِيٍّ . . قُبِلَتْ لِلأَجْنَبِيِّ فِي الأَظْهَرِ . قُلْتُ : وَتُقْبَلُ لِكُلٍّ مِنَ الزَّوْجَيْنِ . . . .

قوله : (**وإذا شهد لفرع وأجنبي . . قبلت للأجنبي في الأظهر**) أي : وردت في حق الفرع قطعاً ؛ كالقول في تفريق الصفقة ، ولا فرق بين أن يقول : أشهد أن هذا لابني وفلان ، أو عكسه .

قال الزركشي : ويشبه أن يكون الخلاف فيما إذا قدّم الأجنبي ، فإن قدَّم الابن . . . فيحتمل القطع بالبطلان للأجنبي من جهة العطف على الباطل ؛ كما لو قال : نساء المسلمين طوالق وأنتِ يا فلانة[1] .

وذكر الفرع مثال ، بل كل ما ترد فيه الشهادة للتهمة إذا جمع مع ما لا ترد فيه . . ففيه القولان ، بل قال في « شرح المهذب » : ولو جمع في شهادته بين مقبول وغيره . . ففي قبولها في المقبول هذا الخلاف ، **والمذهب** : القبول[2] . انتهى

لكن خصّ الماوردي هذا بما إذا ردت للتهمة ، بخلاف ما لو كانت التي ردت فيه لعداوة . . فلا تسمع في حق الآخر بلا خلافٍ .

والفرق : أن العداوة موجودة في حق نفسه وفي حق غيره ، والتهمة توجد في حق نفسه[3] فقط .

(**قلت : وتقبل**) أي : الشهادة (**لكل من الزوجين**) أي : على المشهور ؛ لأنها مقبولة قبل النكاح كالأجير والمستأجر ؛ لأن الأجرة لا تمنع

---

(١) تكملة كافي المحتاج (ص : ٢٦٠) .
(٢) المجموع (٩/٣٦٦) .
(٣) الحاوي الكبير (١٧/ ١٨٠) .

وَلِأَخٍ وَصَدِيقٍ ، وَاللهُ أَعْلَمُ .

وَلاَ تُقْبَلُ مِنْ عَدُوٍّ ، . . . .

الشهادة مع حصول التسبب فالسبب أولى[١] .

والثاني : تقبل شهادته لها دون عكسه ؛ لأن لها النفقة عليه فهي متهمة .

والثالث : لا تقبل من الجانبين .

وأفهم : قبول شهادة أحدهما على الآخر .

نعم ؛ لا تقبل شهادته عليها بالزنا ؛ لأنه يدعي خيانتها في فراشه .

قوله : (**ولأخ وصديق ، والله أعلم**) أما الأول . . فلانتفاء البَعْضيّة ، وحكى ابن المنذر فيه : الإجماع ، ثم نقل عن مالك الجواز في الحقوق دون النسب[٢] .

ونبّه المصنف به على جميع الحواشي .

وأما الصديق . . فلفقد التهمة ، قال القفال : ولأن الصداقة مندوب إليها بخلاف العداوة ، فعوقب العدو على عداوته ، وسواء الصديق المُلاطِف وغيره .

قوله : (**ولا تقبل من عدو**) أي : على عدوه ؛ لقوله صلى الله عليه

---

(١) من قول المتن : (قلت . . .) إلى قول الشرح : (. . . فالسبب أولى) كذا في (أ) و(ب) . وعبارة « تكملة كافي المحتاج » (ص : ٢٦٠) للزركشي : (. . . لأنها مقبولة قبل النكاح ، فإذا رُدّت . . ردّت بالنكاح ، وهو لا يجوز ؛ لأنه عقد لا يُورث تُهْمَةً ؛ كالأجير والمستأجر ؛ لأن الأخّوة لا تمنع الشهادة مع حصول النَّسَب . . فالسَّبب أولى) كذا . **والمراد** : أن النكاح عقد كعقد الإجارة ، قد يطرأ وقد يزول ، فلا يوجب ردّ الشهادة ، وكذا الأخوة لا تمنع الشهادة مع ثبوت النسب . . . فالسَّبَب ـ الذي هو النكاح هنا ـ أولى ألاّ تمنع الشهادة . راجع « الحاوي الكبير » (٢١/١١٨) ، و« كفاية النبيه » (١٩/١٤٣) ، و« الشرح الكبير » (١٣/٢٧) .

(٢) الإشراف على مذاهب العلماء (٤/٢٧١) .

وَهُوَ : مَنْ يُبْغِضُهُ بِحَيْثُ يَتَمَنَّى زَوَالَ نِعْمَتِهِ ، وَيَحْزَنُ بِسُرُورِهِ ، وَيَفْرَحُ بِمُصِيبَتِهِ ، . . . .

وسلم : « **لاَ تُقْبَلُ شَهَادَةُ ذِي غِمْرٍ عَلَى أَخِيهِ** » . رواه أبو داود وابن ماجه بإسناد حسن[١] .

والغِمْرُ بكسر الغين : العداوة والحقد .

ولأن العداوة تفضي إلى الشهادة بالباطل ؛ لأنها عظيمة الوقع في النفوس تُسْفَك بها الدماء .

قال الإمام البلقيني : وما دل على العداوة ؛ من المخاصمة ونحوها. . كاف في ذلك ؛ كما نص عليه في « المختصر » ، فقال : لا تجوز شهادته على خصمه ؛ لأن الخصومة موضع عداوة[٢] .

قوله : (وهو : من يبغضه بحيث يتمنى زوال نعمته ، ويحزن بسروره ، ويفرح بمصيبته) أي : لشهادة العرف بذلك .

قال الزركشي : لخصه الرافعي من كلام الغزالي ، لكن الغزالي لم يذكر التمني ، وأشار إليه إمامه ، **ومع هذا ففيه تحديد** ؛ لاقتضائه أنه إذا لم يبلغ الحد المذكور. . لا يمنع القبول ، والذي ذكره الشافعي في هذا وتكلم فيه الجمهور : إنما هو العصبية المحرمة ، وهو أن يبغض الرجل ؛ لأنه من بني فلان ، فإذا أظهرها ودَعَى إليها وتألفهم[٣] للإضرار به والوقيعة فيه. . فمردود الشهادة .

---

(١) سنن أبي داود (٣٦٠١) ، سنن ابن ماجه (٢٣٦٦) عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جدّه .

(٢) مختصر المزني (ص : ٤١٦) .

(٣) وقوله : (وتألفهم) كذا في (أ) و(ب) . والذي في بعض المراجع المذكورة وغيرها : (وتألف عليها) ، وعبارة « الشرح الكبير » (١٣/ ٣٠) : (إن انضمّ إليها دعوة الناس وتألفهم. . .) .

وَتُقْبَلُ لَهُ ، وَكَذَا عَلَيْهِ فِي عَدَاوَةِ دِينٍ ؛ كَكَافِرٍ وَمُبْتَدِعٍ . . . .

ولهذا قال الفوراني في « العمد » : العصبية والعداوة توجبان رد الشهادة وهو : أن يبغض الرجل ؛ لأنه من بلد كذا ، أو من نسب كذا ؛ لما كان بينهم وبين أسلافهم من المعاداة ونحوه .

والأشبه في الضابط : تحكيم العرف ؛ كما أشار إليه في « المطلب » فمَنْ عدَّه أهل العرف عدوّاً للمشهود عليه . . رُدَّت شهادته[١] .

وقال البلقيني : ذكر البغض ليس في « المحرر » و« الروضة » و« أصلها »[٢] ، ولا معنى لذكره في هذا الموضع ؛ لأن العداوة غير البغضاء ، قال الله تعالى : ﴿وَبَدَا بَيْنَنَا وَبَيْنَكُمُ ٱلْعَدَٰوَةُ وَٱلْبَغْضَآءُ﴾ [الممتحنة : ٤] **والفرق بينهما** : أن البغضاء بالقلب والعداوة بالفعل ، وهي أغلظ فلا يفسَّر الأغلظ بالأخف .

وقال : تمني زوال نعمته ليس تفسير العداوة ، وإنما هو الحسد وهو حرام ، وقد ينتهي الحال به إلى الفسق ، والكلام في عداوة لا فسق بها . انتهى ، **وفيه نظر** .

قوله : (**وتقبل له**) أي : للعدو ؛ لانتفاء التهمة ، **ويؤخذ منه** : قبول تزكيته له .

قوله : (**وكذا عليه في عداوة دين ؛ ككافر ومبتدع**) يعني : أنّ العداوة الدينية لا توجب ردَّ شهادة ، بل تقبل شهادة المسلم على الكافر ، والسُّنّي على

---

(١) تكملة كافي المحتاج (ص : ٢٧٣ـ ٢٧٧) ، الشرح الكبير (١٣/ ٢٨) ، المحرر (٣/ ١٦٨٢) ، الوجيز (ص : ٤٩١) ، نهاية المطلب (١٩/ ١٢ـ ١٣) ، الأم (٧/ ٥١٢) .

(٢) المحرر (٣/ ١٦٨٢) ، روضة الطالبين (٨/ ٢١٣) ، الشرح الكبير (١٣/ ٢٨) .

وَتُقْبَلُ شَهَادَةُ مُبْتَدِعٍ لاَ نُكَفِّرُهُ ، . . . .

المبتدع ، وكذا من أبغض الفاسق لفسقه . . لا ترد شهادته عليه .

ومقتضى كلامه : عدم قبول شهادة المبتدع على السُّنّي ؛ كشهادة الكافر على المسلم ، وليس كذلك ، بل تقبل على السُّنّي إذا لم يكفر ببدعته ولم يستحل الشهادة لموافقيه بما لا يعلمه ، ولا أن ينال من بدن مخالفه أو ماله شيئاً يجعل الشهادة بالباطل ذريعة إليه ، وقد نصّ على ذلك الشافعي رضي الله عنه[١] ، قاله البلقيني .

قوله : (وتقبل شهادة مبتدع لا نكفره) نص الشافعي رضي الله عنه على قبولهم إلا الخطابية ، وهم : قوم يجوّزون الشهادة لصاحبهم إذا سمعوه يقول : لي على فلان كذا ، فالجمهور أَجْروا النص على ظاهره وقبلوا الجميع حتى من يسبّ الصحابة[٢] .

ومنهم من رَدَّ شهادة الجميع ، وتألوا[٣] النص على المخالفين في الفروع ، وجعلوهم أولى بالرد من الفسقة .

ومنهم من فرَّق ، فرَدَّ أبو إسحاق شهادة من أنكر إمامة أبي بكر دون من فضّل علياً عليه ، ورَدَّ الجوينيُّ شهادة من يسبُّ الصحابة ويقذف عائشة ، وعليه جرى الإمام والغزالي والبغوي ، واستحسنه الرافعي ، وصوَّب النووي : قبول الجميع إلا الخطابية ، وإلا قاذف عائشة . . فإنه كافر[٤] .

---

(١) الأم (٧/ ٥٠٩) .

(٢) الأم (٧/ ٥٠٩ـ ٥١٠) .

(٣) قوله : (وتألوا) كذا في (أ) و(ب) ، ولعل الصواب : (وتأولوا) كما في « تحرير الفتاوي » (٣/ ٦٦٧) .

(٤) نهاية المطلب (١٩/ ١٨) ، الوجيز (ص : ٤٩١) ، التهذيب (٨/ ٢٦٩) ، الشرح الكبير (١٣/ ٣٠ـ ٣١) ، روضة الطالبين (٨/ ٢١٥) .

لاَ مُغَفَّلٍ لاَ يَضْبِطُ وَلاَ مُبَادِرٍ .

واشتهر عن الشافعي تكفير نَافِي علْمِ اللهِ بالشيء قبل خلقه ، قال المصنف : ولا شك في كفره ، ونقل عنه تكفير نافي رؤية الله تعالى مطلقاً ، والقائل بخلق القرآن ، وتأوله الإمام بإلزامهم الكفر في مناظرة ، واستحسنه النووي واختاره(١) ، وفي (صفة الأئمة) من « شرح المهذب » : تكفير المجسمة(٢) .

قوله : (**لا مغفل لا يضبط**) أي : لا تقبل شهادته ؛ لعدم الوثوق بقوله ، **ومراده** : لا يضبط أصلاً أو غالباً ، فلا تقبل شهادة من كثر غلطه ونسيانه إلا أن يفسّر ويبيّن وقت التحمل ومكانه ، وأما الغلط اليسير.. فلا يقدح في الشهادة .

قوله : (**ولا مبادر**) أي : بالشهادة قبل الدعوى ، وكذا بعدها وقبل أن يُسْتشهَد **في الأصح** ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « **ثُمَّ يَجِيءُ قَوْمٌ يَشْهَدُونَ وَلاَ يُسْتَشْهَدُونَ** » . متفق عليه(٣) .

وقد **يُفهِم كلامه** : ردَّ شهادة المبادر مطلقاً ، وليس كذلك ، **فالأصح** : أنه ليس مجروحاً ، فلو أعاد التي بادر بها بعد الطلب ولو في ذلك المجلس.. قبِلَتْ .

وقيل : إن كان صاحب الحق جاهلاً بها.. سمعت ، وإلا.. فلا .

---

(١) روضة الطالبين (٨/ ٢١٤) ، نهاية المطلب (١٩/ ١٨) ، وراجع « الأم » (٧/ ٥٠٩) وما بعدها .

(٢) المجموع (٤/ ٢٢٢) .

(٣) صحيح البخاري (٢٦٥١) ، صحيح مسلم (٢٥٣٥) عن عمران بن حصين رضي الله عنهما .

وَتُقْبَلُ شَهَادَةُ الْحِسْبَةِ فِي حُقُوقِ اللهِ تَعَالَى ، وَفِيمَا لَهُ فِيهِ حَقٌّ مُؤَكَّدٌ ؛ كَطَلَاقٍ . . . .

قوله : (وتقبل شهادة الحسبة في حقوق الله تعالى ، وفيما له فيه حق مؤكد) قال صلى الله عليه وسلم : « **أَلاَ أُخْبِرُكُمْ بِخَيْرِ الشُّهُودِ : الَّذِي يَأْتِي بِشَهَادَتِهِ قَبْلَ أَنْ يُسْأَلَهَا** »[١] .

حمله البيهقي في « المعرفة » : على من عنده شهادة وصاحبها لا يعلم بها[٢] ، واستدل به لشهادة الحسبة تقدمت الدعوى أم لا .

ومعنى الحسبة : الاحتساب لله تعالى في حقوق الله تعالى ـ أي : المحضة ـ ؛ كالإسلام والصيام وما لله فيه حقّ مؤكّد ، أي : لا يندفع برضا الآدمي ؛ كالزكوات والكفارات ، والوقوف العامة ، والوصية بمال لفقراء غير محصورين .

قوله : (كطلاق) أي : بلا عوض ، سواء الرجعي والبائن ؛ لأن المغلّب فيه حقّ الله تعالى بدليل أن الواقع لا يرتفع بتراضي الزوجين .

وأما الخلع . . فأطلق البغوي فيه : المنع ؛ لأنه لا ينفكّ عن المال ، وقال الإمام : تسمع للفراق دون المال .

قال في « المهمات » : جزم الخوارزمي بمقالة البغوي ، **والأرجح** : ما قاله الإمام ، فقد سبقه إليه القاضي حسين ، واختاره في « الوسيط » وغيره[٣] .

---

(١) أخرجه مسلم (١٧١٩) عن زيد بن خالد الجُهَني رضي الله عنه .

(٢) معرفة السنن والآثار (٧/٣٨٨ـ٣٨٩) .

(٣) التهذيب (٨/ ٢٣٠) ، نهاية المطلب (١٩/ ٨٥) ، المهمات (٩/ ٣٤٠) ، الوسيط (٤/ ٣٣٣) .

وَعِتْقٍ وَعَفْوٍ عَنْ قِصَاصٍ ، وَبَقَاءِ عِدَّةٍ وَانْقِضَائِهَا ، وَحَدٍّ لله ، وَكَذَا النَّسَبُ عَلَى الصَّحِيحِ ، . . . .

قوله : (**وعتق**) أي : سواء العبد والأمة ، قطع به الرافعي وغيره[١] ، وحكى شريح وجهاً بالمنع .

وشمل إطلاقه : المنجز والمعلّق عتقه ، وفي « التهذيب » : لا تقبل في التدبير وتعليق العتق بالصفة[٢] ، وكان القاضي يقول : إنه كالاستيلاد فتقبل .

نعم ؛ إذا وجدت الصفة . . جاز أن يشهد له بالعتق بل يجب عليه .

وإنما تقبل في الطلاق والعتق إذا كان الزوجان والسيد والعبد منكرين ، وكذا في سائر المسائل ؛ كما قاله شريح .

قوله : (**وعفو عن قصاص**) أي : **على الصحيح** ، **وقيل** : لا ؛ لأن الطباع تميل إلى الحياة ، وفي ترك القاتل الدعوى تهمة في الشهود .

قوله : (**وبقاء عدة وانقضائها**) إذ المغلب فيها حق الله تعالى .

قوله : (**وحد لله**) أي : كالزنا والشرب وقطع الطريق والسرقة .

وقال الماوردي : هذا فيما إذا لم يتعلق بترك الشهادة إيجاب حد على الغير ، فإن تعلّق ؛ كمن شهد عليه ثلاثة بالزنا . . فإنه يجب على الرابع الأداء ويأثم بالتوقُّف ، وتبعه الروياني[٣] .

قوله : (**وكذا النسب على الصحيح**) لأن فيه حقاً لله ؛ إذ الشرع أكَّد الأنساب ومنع قطعها فَضَاهَى الطلاقَ والعتاقَ .

---

(١) الشرح الكبير (١٣/ ٣٥) .

(٢) التهذيب (٨/ ٢٣٠) .

(٣) الحاوي الكبير (٢١/ ٢٧ـ٢٨) ، بحر المذهب (١٤/ ١٤٥) .

وَمَتَى حَكَمَ بِشَاهِدَيْنِ فَبَانَا كَافِرَيْنِ أَوْ عَبْدَيْنِ أَوْ صَبِيَّيْنِ . . نَقَضَهُ هُوَ وَغَيْرُهُ ،

والثاني : لا ؛ لتعلق حق الآدمي فيه ، وجزم به القاضي حسين وغيره ، فكان ينبغي التعبير بـ(**الأصح**) .

ومحل الخلاف : ما إذا لم تتعذر الدعوى به من مدعيه ، فإن تعذّرت . . ثبت قطعاً ، قاله الإمام البلقيني .

قوله : (**ومتى حكم بشاهدين فبانا كافرين أو عبدين أو صبيين . . نقضه هو وغيره**) لأنه تبين الخطأ ؛ كما لو حكم باجتهاده ثم بان النص بخلافه .

وقوله : (**فبانا**) ليس بقيد ، وكذا لو بان أحدهما ، **والمراد** : ظهور ذلك يوم الحكم ، أما لو شهد عدلان على فسقهما مطلقاً ولم يسند[1] الفسق إلى حالة الحكم . . لا ينقض القضاء ؛ لاحتمال حدوثه بعد الحكم ، قاله صاحب « الكافي » ، وهو قضية كلام الرافعي في (باب القضاء على الغائب)[2] .

وكلام المصنف صريح في توقف الأمر على النقض ، وفي « البحر » : إنه المذهب ، لكن قال الإمام والغزالي : المعني بالنقض : أنا نتبَيَّن أن القضاء لم ينفُذْ[3] .

وقال الماوردي : إن بانا كافرين . . لم يحتج لنقض ، وإن بانا عبدين . . فوجهان مبنيان على الخلاف في شهادة العبد لماذا رُدَّتْ ؟ فمن قال بنص أو إجماع . . جعله باطلاً لا يفتقر إلى الحكم بنقضه ، لكن على الحاكم أن يُظْهِر بطلانه ، ومن قال باجتهاد . . جعله موقوفاً على الحكم بنقضه ، **وهو ظاهر**

---

(١) قوله : (ولم يسند) كذا في (أ) و(ب) . والصواب : (ولم يسندا) كما في « النجم الوهاج » (١٠/٣٢٧) ، و« مغني المحتاج » (٦/٣٦٢) ، و« تكملة كافي المحتاج » للزركشي (ص : ٣٠٥) .
(٢) الشرح الكبير (١٢/٥٣٨) .
(٣) نهاية المطلب (١٩/٦٨) ، الوسيط (٤/٣٤٩) .

وَكَذَا فَاسِقَانِ فِي الأَظْهَرِ .

وَلَوْ شَهِدَ كَافِرٌ أَوْ عَبْدٌ أَوْ صَبِيٌّ ثُمَّ أَعَادَهَا بَعْدَ كَمَالِهِ . . قُبِلَتْ ، أَوْ فَاسِقٌ تَابَ . . فَلاَ ، . . . .

مذهب الشافعي ، قال : ولو كان ذلك في عقد نكاح افتقر إلى الحكم بالنقض ؛ لأن مالكاً يُجِيزُه بغير شهود إذا أعلن به[١] .

قوله : (**وكذا فاسقان في الأظهر**) لأن النص[٢] والإجماع دالان على اعتبار العدالة .

والثاني : المنع ؛ لأن فسقه إنما يعرف ببينة ، وعدالتها إنّما تدرك بالاجتهاد ، والاجتهاد لا ينقض بمثله ، **وقيل** : ينقض قولاً واحداً ، وعزاها الماوردي إلى الجمهور[٣] ، وعليها مَشَى المصنف في (النكاح)[٤] وصححها البلقيني .

قوله : (**ولو شهد كافر أو عبد أو صبي ثم أعادها بعد كماله . . قبلت**) أي : لعدم تهمتهم بدفع عار الرد (**أو فاسق تاب** . . **فلا**) أي : لا تقبل إعادته بعد التوبة ؛ لأنه كان يخفي فسقه والرد يظهره فيسعى في دفع عار الرد السابق .

وقال المزني وأبو ثور : تقبل ؛ كالثلاثة قبله .

وأطلق الكافر ، **والمراد** : المعلن بكفره ، أما لو كان يسرّه ثم أعادها بعد

---

(١) الحاوي الكبير (٢١/ ١٩٠) .

(٢) هو قوله تعالى : ﴿ وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ وَأَقِيمُواْ ٱلشَّهَٰدَةَ ﴾ [الطلاق : ٢] ، و﴿ إِن جَآءَكُمْ فَاسِقُۢ بِنَبَإٍ فَتَبَيَّنُوٓاْ ﴾ [الحجرات : ٦] .

(٣) الحاوي الكبير (٢١/ ١٩٠) وليس في هذا الموضع العزو إلى الجمهور . والله أعلم .

(٤) عند قوله في « المنهاج » في (كتاب النكاح) الفصل الثاني منه : (ولو بان فسق الشاهد عند العقد . . فباطل على المذهب) .

وَتُقْبَلُ شَهَادَتُهُ فِي غَيْرِهَا بِشَرْطِ اخْتِبَارِهِ بَعْدَ التَّوْبَةِ مُدَّةً يُظَنُّ بِهَا صِدْقُ تَوْبَتِهِ ، وَقَدَّرَهَا الأَكْثَرُونَ بِسَنَةٍ .

التوبة . . **فالأصح في** « الشرح الصغير » و« الروضة » : عدم القبول[١] .

والمراد بالرد في الفاسق : أن يكون قد أبطلها لفظاً ، **وقيل** : المراد ألاّ يحكم بها بعد مطالبة المدعي بالحكم بها ، **وقيل** : إن لم يحكم بها . . فقد ردّها ، سواء طالبه المدعي بقبولها أم لا ، حكاه شريح في « روضته » .

قوله : (**وتقبل شهادته في غيرها**) أي : غير تلك الشهادة التي شهد بها حال فسقه بالاتفاق ؛ لأنه غير متهم فيها .

قوله : (**بشرط اختباره بعد التوبة مدة يظن بها صدق توبته**) أي : لا يكفي إظهار التوبة من المعصية الفعلية ؛ كالزنا والسرقة والشرب والغصب إذا ظهرت على مرتكبها بالقول ؛ لأن التوبة من أعمال القلوب وهو متهم بإظهارها لترويج شهادته ، فلا بد من اختباره مدة يغلب على الظن فيها أنه أصلح عمله وسريرته ، وأنه صادق في توبته .

واختلفوا في تلك المدة هل تتقدر ؟

فقوله : (**وقدرها الأكثرون بسنة**) إشارة إلى ذلك ؛ لأن للفصول الأربعة أثراً بيناً في تهييج النفوس وانبعاثها لمشتهياتها ، فإذا مضت على السلامة . . أَشْعر ذلك بحسن السريرة .

وهل هو تقريب أو تحديد ؟ وجهان في « الحاوي »[٢] ، قال الزركشي : **والظاهر** : الأول[٣] ، ورجحه البلقيني .

---

(١) روضة الطالبين (٨/ ٢١٦) .
(٢) الحاوي الكبير (٢١/ ٢٤) .
(٣) تكملة كافي المحتاج (ص : ٣٢٧ـ٣٢٨) .

وَيُشْتَرَطُ فِي تَوْبَةِ مَعْصِيَةٍ قَوْلِيَّةٍ الْقَوْلُ ، فَيَقُولُ الْقَاذِفُ : قَذْفِي بَاطِلٌ وَأَنَا نَادِمٌ عَلَيْهِ وَلاَ أَعُودُ إِلَيْهِ ، . . . .

وقيل : في التقدير غير ذلك ، **وقيل** : لا يتقدر ، وإنما المعتبر حصول غلبة الظن للحاكم بصدقه ، ويختلف الأمر فيه بالأشخاص وأمارات الصدق .

قال الزركشي : وهذا هو المختار ، وصححه القاضي حسين والإمام والغزالي[١] ، وصححه البلقيني وغيرهم . انتهى

ومحل الاستبراء إذا كان ظاهر الفسق ، فلو كان يخفيه فأقرَّ به ليقام عليه الحد . . قبلت شهادته بعد توبته من غير استبراء ، قاله الماوردي والروياني ؛ لأنه لم يظهر التوبة عما كان مستوراً عليه إلا عن صلاح .

ويستثنى من إطلاقه : ما لو عصى الولي بالعضل ثم تاب . . فإنه يزوج في الحال ، ولا يحتاج إلى استبراء ، حكاه الرافعي عن البغوي[٢] .

قوله : (**ويشترط في توبة معصية قولية القول**) قياساً على التوبة من الردة بكلمتي الشهادة (**فيقول القاذف : قذفي باطل وأنا نادم عليه ولا أعود إليه**) أي : ليدفع عار القذف .

ومقتضى صدر عبارته : اشتراط القول في كل معصية قولية سواء القذف وغيره ، وقد صرّح في « الإحياء » باشتراطه في التوبة من الغيبة[٣] ، ويخالفه تخصيصه القذف وشهادة الزور في آخرها ، فكان ينبغي أن يذكر الردة ؛ لأنها الأصل في ذلك .

---

(١) نهاية المطلب (١٨/ ٦٠٤) ، الوجيز (ص : ٤٩٢) ، تكملة كافي المحتاج للزركشي (ص : ٣٢٨ـ٣٢٩) .

(٢) الشرح الكبير (٧/ ٥٥٥) ، التهذيب (٥/ ٢٦١) .

(٣) إحياء علوم الدين (٥/ ٥٤٣ـ ٥٤٤) .

. . . .

ثم مقتضاه : أن غير القولية لا يشترط فيها ذلك ، ولا شك أنه يشترط في الردة الفعلية .

ودخل في قوله : (**القاذف**) من قذف على سبيل الإيذاء ، وعلى صورة الشهادة إذا لم يتمّ العدد ، وأوجبنا عليه الحد ، قاله الرافعي[١] .

لكن الذي صرّح به ابن الصباغ والبغوي وغيرهما بأن هذه الصيغة في القاذف قصداً ، أما الشاهد فيقول : ندمت على ما كان مني ولا أعود إلى ما شهدت به[٢] .

وعبارة « المحرر » و« الشرحين » والجمهور : أن يقول : القذف باطل ـ وهو المحكي عن النص ، أي : قذف الناس باطل ـ وما كان لي أن أقذف[٣] .

وتعبير المصنف بـ(قذفي) معناه : الشرع حظره علي ومنعني من التفوُّه به .

وقضيته : أنه لا بد من الإتيان بجملة هذه الألفاظ ، **وهو قضية كلام الجمهور** ، لكن عبَّر البغوي في « تعليقه » بـ(أو) المقتضية للاكتفاء بواحد منها ، وفي « تعليق القاضي حسين » نحوه ، وقد حكى الماوردي في اعتبار قوله : (لا أعود) وجهين[٤] .

وظاهره : أنه لا يشترط هنا مضيّ مدة الاستبراء ، وهو كذلك إذا أبرزه مبرز

---

(١) الشرح الكبير (١٣/ ٤٠) .
(٢) التهذيب (٨/ ٢٧٩) .
(٣) المحرر (٣/ ١٦٨٥) ، الشرح الكبير (١٣/ ٤٠) ، الأم (٨/ ٢٠٠) .
(٤) الحاوي الكبير (٢١/ ٢٥) .

وَكَذَا شَهَادَةُ الزُّورِ . قُلْتُ : وَغَيْرِ الْقَوْلِيَّةِ يُشْتَرَطُ فِيهَا إِقْلَاعٌ ، وَنَدَمٌ ، وَعَزْمٌ عَلَى أَلَّا يَعُودَ ، وَرَدُّ ظُلَامَةِ آدَمِيٍّ إِنْ تَعَلَّقَتْ بِهِ ، وَاللهُ أَعْلَمُ .

الشهادة ، فإن أبرزه مبرز الإيذاء . . اشترطت **على الأصح** .

وهذا بالنسبة للظاهر ، وأما فيما بينه وبين الله تعالى ؛ فإن لم يُخْلِص في الاعتذار . . كان ديناً بينه وبين الله ، ويحتمل أن يبقى للخصم عليه مطالبة في الآخرة ؛ لأنه لو علم أنه غير مخلِص في اعتذاره . . تأذَّى به ، ورجَّحه ابن التستري في « المرشد »[1] .

قوله : (وكذا شهادة الزور) مقتضى[2] عطفه : أن يقول : الشهادة باطلة ، لكن في « المهذب » التوبة عنها أن يقول : كذبت فيما قلت ولا أعود إلى مثله ، وجزم فيه أيضاً باشتراط الاستبراء[3] ، **والصحيح** : أنه لا يحتاج أن ينادى عليه بالتوبة من شهادة الزور ؛ كما ينادى عند الحكم بفسقه ؛ لأجل ذلك .

وعلم من اشتراط القول في التوبة من شهادة الزور : أنه لو قامت بينة على إقراره بالزور فأنكر . . لا تقبل شهادته ما دام منكراً ؛ لأنه في الظاهر مصرٌّ على ما حدث منه ، وقد فقد شرط التوبة وهو القول .

(قلت : وغير القولية يشترط فيها إقلاع ، وندم ، وعزم على ألا يعود ، ورد ظلامة آدمي إن تعلقت به ، والله أعلم) قال تعالى : ﴿ فَٱسْتَغْفَرُواْ لِذُنُوبِهِمْ ﴾ وهو الندم ﴿ وَلَمْ يُصِرُّواْ ﴾ [آل عمران : ١٣٥] وهو العزم ؛ لأن الإقلاع يتعلق

---

(١) قوله : (ابن التستري في « المرشد ») كذا في (أ) و(ب) ، وفي « تكملة كافي المحتاج » للزركشي (ص : ٣٤٦) : (ابن القشيري في « المرشد ») وهو الصواب .

(٢) وفي (أ) : (يقتضي) .

(٣) المهذب (٥/ ٦٢٥) .

. . . .

بالحال ، والندم بالماضي ، والعزم بالمستقبل ، فلا يكمل إلا به .

والمراد بالإقلاع : تركه في الحال إذا كان يتصور منه معاودته ؛ ليخرج المَجْبوب مثلاً فلا يصح منه العزم على ترك الزنا ، وتوبته صحيحة بالاتفاق ، خلافاً لابن الجبائي[١] .

هذا في حق الخالية[٢] عن الحد ، فإن تعلق بآدمي . . وجب رابع ، وهو : خروجه عنه إلى مستحقه إن أمكنه ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « **مَنْ كَانَ لِأَخِيهِ عِنْدَهُ مَظْلِمَةٌ فِي عِرْضٍ أَوْ مَالٍ . . فَلْيَسْتَحِلَّهُ الْيَوْمَ قَبْلَ أَلاَّ يَكُونَ دِينَارٌ وَلاَ دِرْهَمٌ ، فَإِنْ كَانَ لَهُ عَمَلٌ يُؤْخَذُ مِنْهُ بِقَدْرِ مَظْلِمَتِهِ ، وَإِلاَّ . . أُخِذَ مِنْ سَيِّئَاتِ صَاحِبِهِ فَحُمِلَ عَلَيْهِ** » . كذا أورده الزركشي ونسبه إلى مسلم[٣] .

والذي في « صحيح مسلم » عن أبي هريرة : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « **أَتَدْرُونَ مَا الْمُفْلِسُ** » قالوا : المفلس فينا من لا درهم له ولا متاع له ، فقال : « **إِنَّ الْمُفْلِسَ مِنْ أُمَّتِي يَأْتِي يَوْمَ الْقِيَامَةِ بِصَلاَةٍ وَصِيَامٍ وَزَكَاةٍ ، وَيَأْتِي قَدْ شَتَمَ هَذَا ، وَقَذَفَ هَذَا ، وَأَكَلَ مَالَ هَذَا ، وَسَفَكَ دَمَ هَذَا ، وَضَرَبَ هَذَا . . فَيُعْطَى هَذَا مِنْ حَسَنَاتِهِ وَهَذَا مِنْ حَسَنَاتِهِ ، فَإِنْ فَنِيَتْ حَسَنَاتُهُ قَبْلَ أَنْ يُقْضَى مَا عَلَيْهِ . . أُخِذَ مِنْ خَطَايَاهُمْ فَطُرِحَتْ عَلَيْهِ ، ثُمَّ طُرِحَ فِي النَّارِ** » .

---

(١) أبو هاشم عبد السلام بن الأستاذ أبي علي محمد بن عبد الوهاب بن سلام الجبائي المعتزلي . سير أعلام النبلاء (١٥/ ٦٣) .

(٢) قوله : (هذا في حق الخالية) كذا في (أ) و(ب) ولا يخفى ما فيه ، وفي « تكملة كافي المحتاج » (ص : ٣٥٠) ، و« النجم الوهاج » (١٠/ ٣٣٢) : (هذا في حقوق الله الخالية) .

(٣) تكملة كافي المحتاج (ص : ٣٥١) . وكذا نسبه إلى مسلم الدميري في « النجم الوهاج » (١٠/ ٣٣٢) .

. . . .

ورواه الترمذي بهذا اللفظ باختلاف يسير ، رَوَيَاهُ من طريق العلاء بن عبد الرحمن عن أبيه عن أبي هريرة[١] .

ورواه البخاري عن مالك عن سعيد المقْبُري عن أبي هريرة : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « **مَنْ كَانَتْ عِنْدَهُ مَظْلِمَةٌ لِأَخِيهِ . فَلْيَتَحَلَّلْهُ مِنْهَا ، فَإِنَّهُ لَيْسَ ثَمَّ دِينَارٌ وَلاَ دِرْهَمٌ ، مِنْ قَبْلِ أَنْ يُؤْخَذَ لِأَخِيهِ مِنْ حَسَنَاتِهِ ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ حَسَنَاتٌ . أُخِذَ مِنْ سَيِّئَاتِ أَخِيهِ فَطُرِحَتْ عَلَيْهِ** »[٢] .

ورواه الترمذي عن زيد بن أبي أنيسة عن سعيد[٣] ، وقال في أوله : « **رَحِمَ اللهُ عَبْداً كَانَتْ لِأَخِيهِ عِنْدَهُ مَظْلِمَةٌ فِي عِرْضٍ أَوْ مَالٍ فَجَاءَهُ فَاسْتَحَلَّهُ** » . وذكر المعنى[٤] ، فما أورده الزركشي يقرب من لفظ البخاري .

قال في « التحرير » : **أراد برد ظلامة الآدمي** : شمول المال والقصاص وحد القذف ، وفي شمول الأخيرين نظَر ، فلو قال : (والخروج مما عليه من ظلامة آدمي) . لكان أولى ، وأيضاً فقد يعفو المستحق عن حقه فيدخل ذلك في لفظ الخروج ، ولا يدخل في لفظ الرد .

وخرج بذكر الآدمي : حقوق الله تعالى ؛ كالزكاة ، ولا شك أن أداءها معتبر في صحة التوبة[٥] .

وقال الغزالي في « منهاج العابدين » : الذنوب التي تكون بين العباد قد

---

(١) صحيح مسلم (٢٥٨١) ، سنن الترمذي (٢٥٨٥) .
(٢) صحيح البخاري (٢٤٤٩) .
(٣) أي : سعيد المقْبُري عن أبي هريرة رضي الله عنه .
(٤) سنن الترمذي (٢٥٨٦) .
(٥) تحرير الفتاوي (٣/ ٦٧٦ـ ٦٧٧) .

. . . .

تكون في المال ، وفي النفس ، وفي العرض ، وفي الحرم[١] ، وفي الدِّين .

فأما المال . . فيجب رده عند المكنة ، فإن عجز عنه لفقر . . استحلَّه ، فإن عجز عن استحلاله ؛ لغَيْبته أو موته وأمكن التصدق عنه . . فعل ، وإلا . . فليكثر من الحسنات ويرجع إلى الله تعالى ويتضَرَّع إليه في أن يرضيه عنه في القيامة .

وأما النفس . . فيمكِّنه أو وليَّه من القصاص ، فإن عجز . . رجع إلى الله في إرضائه عنه .

وأما العرض ؛ فإن اغْتَبْتَهُ أو شَتَمْتَه أو بَهَتَّه . . فحقُّك أن تكذّب نفسك بين يدي من قلْتَ ذلك عنه **إن لم تخش زيادةَ غيظٍ وهَيْجَ فتنةٍ في إظهار ذلك ، وإلا . . فالرجوع إلى الله سبحانه ليرضيه عنك** .

وأما الحرم ؛ فإن خُنْتَهُ في أهله وولده ونحو ذلك . . فلا وجه للاستحلال والإظهار فإنه يولد فتنة ، بل يَضْرَع إلى الله ليرضيه عنك .

وأما الدِّين ؛ فإن كفَّرْتَه أو بَدَّعْتَه أو ضلّلْتَه . . فهو أصعب الأمر ، فيحتاج إلى تكذيب نفسك بين يديه إن أمكنك ، وإلا . . فالابتهال إلى الله والندم على ذلك ليرضيه عنك[٢] .

ومفهوم كلام المصنف : أن المعصية القولية يكفي فيها القول ، وليس كذلك ، بل الثلاثة الأُوَل أركان في التوبة من كل معصية قولية كانت أو فعلية .

ومقتضاه : أن الثلاثة الأُوَل تكفي في التوبة من المعصية الفعلية في حقوق الله تعالى ، وهو كذلك فيما لا يوجب الحد ، فإن أوجبه ؛ كالزنا

---

(١) منهاج العابدين (ص : ٥٨ـ٥٩) وفيه : (وفي الحرمة) .
(٢) منهاج العابدين (ص : ٥٨ـ٥٩) .

. . . .

والشرب ؛ فإن لم يظهر بشهادة . . فالأولى الستر ، وإن ظهر . . فقد فات الستر فيَأْتي الإمامَ ليحدَّه .

قال في « الشامل » : إلا إذا تقادم العهد وقلنا : يسقط الحد بتقادمه(١) .

وقال الأستاذ أبو إسحاق : شرط الندم : أن يكون على ما فاته من رعاية حق الله تعالى ، فإذا قَارَف سيئة وندم عليها ؛ لإضرارها به وإنهاكها قُواه . . فهو نادم غير تائب .

وقال البيهقي في « شعب الإيمان » : قد جاءت أحاديث في أن الحدود كفارة ، وكأنه إذا تاب بدليل قول النبي صلى الله عليه وسلم للسارق حين قطعه : « **تُبْ إِلَى اللهِ** »(٢) .

ولكن صرّح المصنف في « شرح مسلم » و« الفتاوى » : أن الاستيفاء مسقط للإثم والطلبة في الآخرة(٣) .

قال الزركشي : **وقضيته** : عدم الاحتياج لتوبة ، **والأشبه** : التفصيل بين من سلَّم نفسه امتثالاً لأمر الله . . فيكون ذلك توبة ، أو قهراً . . فلا .

قال : **ومقتضى إطلاقهم** : أنه لا يشترط في صحة التوبة عن أمر مخصوص الإقلاع عما سواه ، وهو كذلك ، ولو تاب ثم عاد إليه ، وتكرّر ذلك منه . . صحت توبته ، خلافاً للمعتزلة في المسألتين(٤) .

---

(١) قال أبو حنيفة : يسقط بتقادم العهد حدّ الشرب وحد الزنا دون حدّ القذف . البيان (١٢/٥٢٩) .

(٢) شعب الإيمان (٩/ ٢٧٩) والخبر أخرجه فيه (٦٦٦٠) .

(٣) شرح صحيح مسلم (٦/ ٢٢١) ، فتاوى النووي (ص : ٢٤٢) .

(٤) تكملة كافي المحتاج (ص : ٣٦١ـ ٣٦٢) .

فصل

لاَ يُحْكَمُ بِشَاهِدٍ إِلاَّ فِي هِلاَلِ رَمَضَانَ فِي الأَظْهَرِ ، وَيُشْتَرَطُ لِلزِّنَا أَرْبَعَةُ رِجَالٍ ، ....

فصل

[في بيان قدر النصاب في الشهود المختلف باختلاف المشهود به ، ومستند الشهادة ، وما يتبع ذلك]

(**لا يحكم بشاهد إلا في هلال رمضان في الأظهر**) لما سبق في (الصوم) وإنما ذكرت هنا لقصد الحصر ، وقد تبيّن هناك أن آخر قولي الشافعي اشتراط العدد فيه أيضاً فلا استثناء[(١)] .

نعم ؛ ثَمَّ صور اكتُفِي فيها بقولٍ واحدٍ على رأي[(٢)] .

وكان ينبغي أن يقول : (لأجل الصوم) فإنه لا يحل به الدين المؤجل ، ولا يقع الطلاق المعلّق ، وحاول الرافعي في (كتاب الصيام) وجهاً بطرده في الجميع ، وصرح بحكايته في هذا الباب[(٣)] .

وقال القاضي حسين : الأحكام المتعلقة بالهلال غير الصوم إذا كانت عبادة لا حقَّ فيها لآدمي ؛ كالوقوف بعرفة والطواف ونحوه هل يقبل فيها عدل أم لا ؟ وجهان[(٤)] .

قوله : (**ويشترط للزنا أربعة رجال**) لقوله تعالى : ﴿ لَّوْلَا جَآءُو عَلَيْهِ بِأَرْبَعَةِ

---

(١) راجع أول (كتاب الصيام) عند قوله : (وثبوت رؤيته بعدل ، وفي قول : عدلان) .

(٢) أوصَلَها العراقي في « تحرير الفتاوي » (٣/ ٦٧٧ـ٦٧٨) إلى الثمانية ، فراجعها .

(٣) الشرح الكبير (٣/ ١٧٩) ، (١٣/ ٥١ـ ٥٢) . وقوله : (وحاول. . .) إلى (في هذا الباب) كذا في (أ) و(ب) و« تكملة كافي المحتاج » (ص : ٣٦٦ـ٣٦٧) .

(٤) قال الأذرعي : والقياس : القبول وإن كان الأشهر : خلافه . مغني المحتاج (٦/ ٣٦٦) .

وَلِلإِقْرَارِ بِهِ اثْنَانِ ، وَفِي قَوْلٍ : أَرْبَعَةٌ ، . . . .

شُهَدَآءَ﴾ [النور : ١٣] وقوله : ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا۟ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ﴾ [النور : ٤] فجعل التحصن(١) من حد القذف بالزنا بذلك ، ولأنه أغلظ الفواحش فغلّظت الشهادة فيه ؛ ليكون أستر .

والصحيح المنصوص : جواز النظر لتحمل الشهادة ، فإن رأوا اتفاقاً لا عن قصد النظر . . قبلت قطعاً .

وهذا العدد بالنسبة لإقامة الحد ، أما لو شهد بجَرحه شاهدان وفسّراه بالزنا . . ثبت فسقه ولا يكونا(٢) قاذفين .

ويلتحق بالزنا اللواط ، وكذا إتيان البهائم **على المذهب المنصوص** ، قال(٣) : لأن كله جماع(٤) ، ونقصان العقوبة فيه لا يمنع من العدد كما في زنا الأمة .

ولو اقتصر على قوله : (أربعة) . . لدل على اختصاصه بالرجال ، فإن (التاء) في العدد لا تثبت إلا في الذكور .

قوله : (**وللإقرار به اثنان**) أي : كغيره من الأقارير (**وفي قول** : **أربعة**) لأن المثبت بالشهادة هو الزنا فصار كالشهادة على نفس الزنا .

وفرق الأول ؛ بأن المقرَّ لا يتحتّم حدُّه بخلاف المعاين ؛ فلذلك غلّظت بيّنته ، ولم يصرّح الرافعي بترجيح(٥) .

---

(١) أي : التخلص ؛ كما في « تكملة كافي المحتاج » (ص : ٣٦٧) .
(٢) كذا في (أ) و(ب) .
(٣) أي : الشافعي رضي الله عنه ؛ كما في المرجع السابق (ص : ٣٧٠) .
(٤) الأم (٨/١٣٨) .
(٥) الشرح الكبير (١٣/٤٦) .

وَلِمَالٍ وَعَقْدٍ مَالِيٍّ ؛ كَبَيْعٍ وَإِقَالَةٍ وَحَوَالَةٍ وَضَمَانٍ وَحَقٍّ مَالِيٍّ ؛ كَخِيَارٍ وَأَجَلٍ . . رَجُلاَنِ أَوْ رَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ ، . . . .

وعَزَى الماوردي في (باب اللعان) الأول للجديد ، ومقابله للقديم(١) .

وهذا الخلاف يجري في الإقرار بالقذف ؛ كما قاله الدارمي .

وقال البندنيجيّ : تصوّر هذه المسألة فيما إذا قذف رجل رجلاً ، ثم ادّعى القاذف أن المقذوف أقرَّ بالزنا ، وأنكر المدعَّى عليه ، فأقام المدعّي البينة ، **وهو يقتضي** : أنه لا يسمع ذلك ابتداء .

وإنما ذكر هذه المسألة للتنبيه على استثنائها من قاعدة الشهادة من جهة التغليظ بالأربعة(٢) .

قوله : (**ولمال**) أي : عيناً كان أو ديناً (**وعقد مالي**) أي : يؤدي إلى المال (**كبيع وإقالة وحوالة وضمان وحق مالي ؛ كخيار وأجل . . رجلان أو رجل وامرأتان**) لقوله تعالى : ﴿ وَٱسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْۖ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ ﴾ [البقرة : ٢٨٢] نص عليه في الديون وقِسْنا عليه الباقي .

والمعنى في تسهيل ذلك : كثرة جهات المداينات ، وعموم البلوى بها .

ودخل في الخيار : خيار المجلس والشرط ، وسبب الإفلاس ونحوه ، وعجز المكاتب وغيره .

وفهم من التخيير بقوله : (أو رجل وامرأتان) قبولهما مع وجود الرجلين ، وحكى ابن المنذر وغيره فيه الإجماع(٣) ، وأن ظاهر الآية غير مراد .

---

(١) الحاوي الكبير (١٤/١١٩) .

(٢) لأن سائر الحقوق يستوي فيها حالة الإقرار ، وحالة ثبوت الفعل بالبينة . تكملة كافي المحتاج (ص : ٣٧٤) .

(٣) الإجماع (ص : ٤٧) .

وَلِغَيْرِ ذَلِكَ مِنْ عُقُوبَةٍ للهِ تَعَالَى أَوْ لآدَمِيٍّ وَمَا يَطَّلِعُ عَلَيْهِ رِجَالٌ غَالِباً ؛كَنِكَاحٍ وَطَلاَقٍ وَرَجْعَةٍ وَإِسْلاَمٍ وَرِدَّةٍ وَجَرْحٍ وَتَعْدِيلٍ ....

وفي « الذخائر » عن « الحاوي » : اشتراط فقد الرجلين ، **وهو غلط** ، وإنما حكاه عن مالك[١] ، ثم لم يصح عنه .

والخنثى هنا كالمرأة .

تنبيه : اقتصاره على العقد المالي مضرٌّ ، فإن فسوخ العقد المالي كذلك ، وجَعْله الإقالَة من أمثلة العقد إنما يأتي على الوجه الضعيف ، **والصحيح** : أنها فسخ .

فلو قال : (وعقد مالي وفسخه). . لاستقام ، وكذا عطفه الحوالة على البيع ؛ لأنها بيع دين بدين .

وشمل إطلاقه : الشركة والقراض ، لكن الأرجح في « الشرح » و« الروضة » : اشتراط رجلين[٢] ، ونقل ابن الرفعة عن « تعليق القاضي أبي الطيب » و« الشامل » وغيرهما : إلحاق القراض بما نحن فيه ، ثم قال : وينبغي أن يفصل ؛ فيقال : إن كان مدعياً يروم إثبات التصرف. . فهو كالوكيل فلا بد من شاهدين ، وإن كان يروم إثبات حصته من الربح فيثبت بالرجل والمرأتين ؛ إذ المقصود المال[٣] .

قوله : (**ولغير ذلك**) أي : ما ليس بمال ولا يقصد منه المال (**من عقوبة لله تعالى أو لآدمي**) أي : سواء كانت من الحدود أو التعازير (**وما يطلع عليه رجال غالباً ؛ كنكاح وطلاق ورجعة ، وإسلام وردة ، وجرح وتعديل** ،

---

(١) الحاوي الكبير (٢١/ ٤٦) .
(٢) الشرح الكبير (١٣/ ٤٨) ، روضة الطالبين (٨/ ٢٢٦ـ ٢٢٧) .
(٣) كفاية النبيه (١٩/ ١٧٢) .

وَمَوْتٍ وَإِعْسَارٍ وَوَكَالَةٍ وَوِصَايَةٍ وَشَهَادَةٍ عَلَى شَهَادَةٍ . . رَجُلاَنِ ، . . . .

وموت وإعسار ، ووكالة ووصاية وشهادة على شهادة . . رجلان) أي : ولا تثبت برجل وامرأتين .

أما في الحدود . . فلما روى مالك عن الزهري : (مَضَت السُّنة : أنه لا تجوز شهادة النساء في الحدود ، ولا في النكاح والطلاق)[١] . وهو وإن كان مرسلاً فهو حجة على أبي حنيفة ، وقد رواه ابن حزم بلفظ : (مضت السنة من رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفتَيْنَ)[٢] .

وألحق بها التعازير ؛ لأنها في معناها .

وقضيته : أنها لا تثبت بعلم القاضي ، وبه صرّح في (الأقضية)[٣] .

وأما ما يطلع عليه الرجال . . فلأنه سبحانه نَصَّ فيما سوى المال على شهادة الرجال خاصة في ثلاث مواضع ، وهي : الطلاق والرجعة والوصاية[٤] .

وصح الحديث : « **لاَ نِكَاحَ إِلاَّ بِوَلِيٍّ وَشَاهِدَيْ عَدْلٍ** »[٥] . وألحق به الباقي ؛ لأنه ليس المقصود منه المال .

والمراد بالطلاق : ما لا عوض فيه ، أما الخلع ؛ فإن ادَّعته المرأة . .

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة (٢٩٣٠٧) ، وراجع « التلخيص الحبير » (٤/ ٤٩٤) .

(٢) المحلّى (٨/ ٤٨٨) دار الفكر .

(٣) قال في الفصل الثاني من (كتاب الأقضية) : (والأظهر : أنه يقضي بعلمه إلاّ في حدود الله تعالى) . منهاج الطالبين (ص : ٥٦١) .

(٤) أما في الطلاق والرجعة . . ففي قوله تعالى : ﴿ فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ﴾ [الطلاق : ٢] . وأمّا في الوصاية . . ففي قوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ ﴾ [المائدة : ١٠٦] .

(٥) أخرجه ابن حبان (٤٠٧٥) ، والدارقطني (ص : ٧٧٨) ، والبيهقي في « الكبير » (١٣٨٣٤) عن عائشة رضي الله عنها .

وَمَا يَخْتَصُّ بِمَعْرِفَتِهِ النِّسَاءُ أَوْ لاَ يَرَاهُ رِجَالٌ غَالِباً ؛ كَبَكَارَةٍ وَوِلاَدَةٍ وَحَيْضٍ وَرَضَاعٍ وَعُيُوبٍ تَحْتَ الثِّيَابِ يَثْبُتُ بِمَا سَبَقَ وَبِأَرْبَعِ نِسْوَةٍ .

فكذلك ؛ لأن غرضها اندفاع النكاح ، وإن ادّعاه الرجل.. ثبت برجل وامرأتين[١] ، وهذا مما يُعَايَا به[٢] .

وإطلاق الجواب فيه خطأ ، والصواب التفصيل ، نقل في « التحرير » أن ابن يونس نبه عليه في « التنويه »[٣] .

قوله : (**وما يختص بمعرفته النساء أو لا يراه رجال غالباً ؛ كبكارة وولادة وحيض ورضاع وعيوب تحت الثياب يثبت بما سبق**) أي : برجلين ورجل وامرأتين (**وبأربع نسوة**) أما النسوة المنفردات.. فلما رواه ابن أبي شيبة عن الزهري : (مضت السنة أنه تجوز شهادة النساء فيما لا يطلع عليه غيرهن ؛ من ولادة النساء وعيوبهن)[٤] .

والمعنى فيه : الحاجة ؛ لتعذر إثباتها بالرجال غالباً .

وحكى الشافعي في « أحكام القرآن » : الإجماع في الولادة وعيوبهن[٥] .

وأما اعتبار الأربع.. فلأن ما ليس بمال لا يثبت إلا برجلين ، والله قد أقام الرجل مقام المرأتين ، وفي « صحيح مسلم » : « **شَهَادَةُ امْرَأَتَيْنِ تَعْدِلُ شَهَادَةَ رَجُلٍ** »[٦] . فلزم الأربع ، وإذا ثبت قبولهن منفردات.. فقبول الرجل والمرأتين أولى .

---

(١) لأن غرضه المال . تحرير الفتاوي (٣/ ٦٧٩) .
(٢) أي : مما لا يُهْتدى لوجهه . راجع « المصباح المنير » (ص : ٤٤١) .
(٣) تحرير الفتاوي (٣/ ٦٧٩) .
(٤) المصنف لابن أبي شيبة (٢١٠٩٨) .
(٥) أحكام القرآن للشافعي (ص : ٣٨٢) ، (٤٩٨) .
(٦) صحيح مسلم (٧٩) عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما .

. . . .

وعن الإصطخري : أن الرضاع وعيوب النساء الباطنة إنما تثبت بالنساء المتمحّضات[(١)] ، حكاه الإمام في (كتاب الرضاع)[(٢)] .

وقال الماوردي في (باب اللعان) : يشترط في شهادة الرجال بالولادة أن يذكروا مشاهدة الولادة بالاتفاق من غير تعمُّد النظر[(٣)] .

تنبيه : نبّه بالبكارة على مقابلها وهي الثيوبة ، وتمثيله بالحيض صريح في إمكان إقامة البينة عليه ، **وهو الصواب** .

وينبغي حمل ما ذكره الرافعي والنووي في (الطلاق) من تصديقها في الحيض إذا علق طلاقها عليه[(٤)] . . على عسر البينة لا التعذر بالكلية .

وذكر المصنف في « فتاويه » : أنها تقبل[(٥)] من النسوة ؛ لممارستهن ذلك ، ونقله ابن الصباغ والبغوي وأنه لا خلاف فيه[(٦)] .

ولا يختص بالنسوة بخلاف ما يقتضيه تعليله ، ودعوى نفي الخلاف ليس بجيد .

واحترز بـ(العيوب تحت الثياب) : عن : العلة الظاهرة في الوجه والكفين فلا تقبل شهادتهنَّ فيها ؛ لأن العلة في قبولها كونه لا يطلع عليه

---

(١) وفي (أ) : (المحصنات) ، وفي (ب) : (المحضاة) كذا . والمثبت من « نهاية المطلب » (٤٠٧/١٥) ، و« تكملة كافي المحتاج » للزركشي (ص : ٣٨٦) .

(٢) نهاية المطلب (٤٠٧/١٥) . وقال : (وهذا متروك عليه غير معتد به) .

(٣) الحاوي الكبير (٧٢/١٤) .

(٤) الشرح الكبير (١٠١/٩) ، روضة الطالبين (١٣٧/٦) .

(٥) أي : الشهادة تقبل منهن على الولادة والرضاع والعيوب التي تحت الثياب . فتاوى النووي (ص : ٨٠) .

(٦) فتاوى النووي (ص : ٨٠) .

. . . .

الرجال غالباً ، وهو مفقود .

وحكى الشيخ إبراهيم[١] في « تعليقه » : وجهين في شهادة النساء في العيب بوجه الأمة ، وصرح شيخه القاضي حسين بالمنع فيها وفي الحرة ، ووافقه البغوي في الحرة ، قال : فإن كان في وجه الأمة أو بموضع من بدنها يبدو في المهنة . . ثبت برجل وامرأتين وبشاهد ويمين ؛ لأن المقصود منه المال ، وتبعه الرافعي والنووي[٢] .

وقال في « المطلب » : **ومقتضى هذه العلة** : أن ذلك فيما إذا قصد به الرد في البيع ، أما إذا قصد به فسخ النكاح . . فلا ، وعليه ينزل إطلاق القاضي حسين وغيره .

وتعبيره بـ(الثياب) يخالف عبارة « المحرر » وغيره بـ(تحت الإزار)[٣] .

قال ابن الرفعة : **مرادهم** : أنه لا تقبل شهادتهن منفردات فيما فوق السرة من العيوب ، ولا فيما تحت الركبة منها .

وقوله : (**وبأربع نسوة**) **يقتضي** : أنه لا تثبت بشاهدٍ ويمين ، وبه صرح الماوردي في الرضاع[٤] ، وقال الرافعي : إنه الموافق لإطلاق عامتهم[٥] .

ولو اقتصر على قوله : (وبأربع) . . لعلم اختصاصه بالنسوة ؛ لأن التاء لا تحذف إلا مع المؤنث .

---

(١) أي : المرُّوذي ؛ كما في « تكملة كافي المحتاج » (ص : ٣٨٨) .
(٢) التهذيب (٨/ ٢١٩) ، الشرح الكبير (١٣/ ٤٩) ، روضة الطالبين (٨/ ٢٢٧) .
(٣) المحرر (٣/ ١٦٨٧) .
(٤) الحاوي الكبير (١٤/ ٣٤٢) .
(٥) الشرح الكبير (١٣/ ٩١) .

وَمَا لاَ يَثْبُتُ بِرَجُلٍ وَامْرَأَتيْنِ لاَ يَثْبُتُ بِرَجُلٍ وَيَمِينٍ ، وَمَا ثَبَتَ بِهِمْ ثَبَتَ بِرَجُلٍ وَيَمِينٍ إِلاَّ عُيُوبَ النِّسَاءِ وَنَحْوَهَا ، . . . .

وحيث قبلنا الشهادة بالعيوب . . يشترط في الشاهدين العلم بالطب ، حكاه الرافعي في (باب الوصية) عن « التهذيب »[(١)] .

قوله : (**وما لا يثبت برجل وامرأتين لا يثبت برجل ويمين**) أي : لأن الرجل والمرأتين أقوى ، فإذا لم يثبت بالأقوى . . لم يثبت بما دونه .

قوله : (**وما ثبت بهم**) أي : برجل وامرأتين (. . **ثبت**[(٢)] **برجل ويمين**) لأنه صلى الله عليه وسلم قضى بيمين وشاهد رواه مسلم[(٣)] .

وغُلِّب المذكر على المؤنث في عود الضمير .

قال المحاملي : وإنما خصَّصناه بالأموال ؛ لأن قوله (قضى) إخبار عن فعلة واحدة فلا يمكن دعوى العموم فيها ، وإنما يحمل على قضية واحدة ، وقد فسّر الراوي ذلك بأنه في الأموال[(٤)] ، فوجب حمل الخبر على تفسيره .

ولا فرق بين أن يتمكّن من البينة الكاملة أو لا **على الصحيح** ، **وقيل** : إنه لا يعمل به مع التمكّن من رجلين أو رجل وامرأتين .

قوله : (**إلا عيوب النساء ونحوها**) أي : من الرضاع وغيره فإنها لا تثبت بشاهدٍ ويمين ؛ لأنها أمور خطرة ، بخلاف المال ، كذا اسْتَثْناه الجمهور ،

---

(١) الشرح الكبير (٧/ ٥٠) ، التهذيب (٥/ ١٠٥) ، (٥/ ٤٥١) .
(٢) وفي (أ) : (يثبت) .
(٣) صحيح مسلم (١٧١٢) عن ابن عباس رضي الله عنهما .
(٤) قاله عَمْرو بن دينار راويه عن ابن عباس رضي الله عنهما كما في « الأم » (٨/ ١٦) ، (٨/ ١٩٤) .

وَلاَ يَثْبُتُ شَيْءٌ بِامْرَأَتَيْنِ وَيَمِينٍ .

وَإِنَّمَا يَحْلِفُ الْمُدَّعِي بَعْدَ شَهَادَةِ شَاهِدِهِ وَتَعْدِيلِهِ ، . . . .

وأطلق الصَّيْمري والمحاملي وصاحب « البيان » وغيرهم : القاعدة من غير استثناء[١] .

وقال الزركشي : ينبغي تقييد إطلاق المصنف وغيره بالحرة ، أما الأمة . . فينبغي أن تثبت بذلك قطعاً ؛ لأنه مال ، وجزم به الماوردي في أثناء (الرهن)[٢] .

قوله : (ولا يثبت شيء بامرأتين ويمين) أي : في الأموال قطعاً ، وفيما تقبل النسوة فيه منفردات **على الصحيح** ؛ لأن المعنى : أن اليمين إذا شهدت امرأتان . . ضَعف شطْرا الحجةِ[٣] فلا يقنع بانضمام الضعيف إلى الضعيف .

وقد يفهم كلامه : أنه لا يثبت شيء باليمين المجردة ، لكن اليمين مع نكول المدّعَى عليه بمنزلة رجلين في قول ، وبمنزلة الإقرار **على الأظهر** .

قوله : (**وإنما يحلف المدعي بعد شهادة شاهده وتعديله**) لأن جانبه إنما يتقوَّى حينئذ ، وإنما يحلف من قوي جانبه ؛ كالمدَّعَى عليه فإن جانبه قوي بالأصل ، ويحلف المدعي بعد نكول الخصم ؛ لأن نكوله قَوَّى جانبه .

وقيل : يجوز تقديم اليمين على الشهادة ؛ كما يجوز تقديم شهادة المرأتين على شهادة الرجل .

---

(١) البيان (١٣/٣٣٨) .

(٢) تكملة كافي المحتاج (ص : ٣٩٤) ، الحاوي الكبير (٧/٢٠٤) .

(٣) وفي « تكملة كافي المحتاج » (ص : ٣٩٥) : (لأن المنضمّ إلى اليمين إذا شهدت امرأتان أضعف شطري الحجة) ومثله في « الشرح الكبير » (١٣/٩١) .

وَيَذْكُرُ فِي حَلِفِهِ صِدْقَ الشَّاهِدِ ، فَإِنْ تَرَكَ الْحَلِفَ وَطَلَبَ يَمِينَ خَصْمِهِ . . فَلَهُ ذَلِكَ ، فَإِنْ نَكَلَ . . فَلَهُ أَنْ يَحْلِفَ يَمِينَ الرَّدِّ فِي الأَظْهَرِ .

وللإمام احتمال في تقديم اليمين على تعديل الشاهد[١] .

قوله : (**ويذكر في حلفه صدق الشاهد**) أي : فيقول : والله إن شاهدِي لَصَادق وإني مستحق لكذا ، كذا ذكره الرافعي والنووي[٢] ، وزاد غيرهما : فيما شهد به .

وإنما وجب ذكر صدقه ؛ لأن اليمين والشاهد حجتان مختلفتا الجنس فاعتبر ارتباط أحدهما بالآخر ليصيرا كالنوع الواحد .

قال الرافعي : كذا وَجَّهُوه ، وإنما ينتظم إذا قلنا باستناد القضاء إليهما[٣] .

وقيل : لا يشترط ؛ لأن يمينه بمثابة الشاهد الآخر ، وليس يلزم الشاهد أَنْ يصدّق صاحبَه .

ولا ترتيب في الحلف على إثبات الحق وصدق الشاهد ، وحكى الإمام فيه الاتفاق[٤] .

قوله : (**فإن ترك الحلف**) أي : مع شاهده (**وطلب يمين خصمه . . فله ذلك**) أي : لأنه قد يتورَّع عن اليمين (**فإن نكل**) أي : المدعى عليه (. . **فله**) أي : للمدعي (**أن يحلف يمين الرد في الأظهر**) أي : كما أن له ذلك في الأصل ؛ لأنها غير التي امتنع منها ؛ لأن تلك لقوة جهته بالشاهد ، وهذه لقوة جهته بنكول المدعى عليه ، ألا ترى أن تلك لا يقضى بها إلا في المال ، وهذه

---

(١) نهاية المطلب (١٨/ ٦٣٠) .
(٢) الشرح الكبير (١٣/ ٩٢) ، روضة الطالبين (٨/ ٢٥٢) .
(٣) الشرح الكبير (١٣/ ٩٢) .
(٤) نهاية المطلب (١٨/ ٦٣٠) .

وَلَوْ كَانَ بِيَدِهِ أَمَةٌ وَوَلَدُهَا فَقَالَ رَجُلٌ : هَذِهِ مُسْتَوْلَدَتِي عَلِقَتْ بِهَذَا فِي مِلْكِي ، وَحَلَفَ مَعَ شَاهِدٍ. . ثَبَتَ الاسْتِيلاَدُ ، لاَ نَسَبُ الْوَلَدِ وَحُرِّيَّتُهُ فِي الأَظْهَرِ .

يقضى بها في جميع الحقوق .

والثاني : لا ؛ لأنه يمكنه الحلف مع الشاهد .

وأفهم كلامه : أنه لا يحكم على المدعى عليه بنكوله مع شاهد المدعي ، وبه صرح القاضي حسين والروياني وغيرهما[١] .

تنبيه : سكت عما إذا حلف المدعى عليه ، قال الرافعي : تسقط الدعوى ، وحَكَى عن ابن الصباغ : أنه ليس له أن يحلف بعد ذلك مع شاهده ، بخلاف ما لو أقام بينة بعد يمين المدعى عليه. . فإنها تسمع ؛ لأن البينة قد تتعذَّر عليه إقامتها واليمين إليه بعد شهادة الشاهد الواحد ، فلا عذر له في الامتناع[٢] .

قوله : (**ولو كان بيده أمة وولدها فقال رجل : هذه مستولدتي علقت بهذا في ملكي**) أي : مني (**وحلف مع شاهد. . ثبت الاستيلاد**) أي : فتُنْزَع ممن هي في يده وتسلَّم إليه ؛ لأن الرقَّ مال فيثبت بالشاهد واليمين ، فإذا مات. . عتقت بإقراره بالاستيلاد ، جزم به الرافعي والمصنف[٣] .

وقيل : بالشاهد واليمين ، حكاه الماوردي[٤] .

قوله : (**لا نسب الولد وحريته في الأظهر**) لأنهما لا يثبتان بالشاهد

---

(١) بحر المذهب (١٤/ ١٥٧) .

(٢) الشرح الكبير (١٣/ ٩٢) .

(٣) الشرح الكبير (١٣/ ٩٣) ، روضة الطالبين (٨/ ٢٥٣) .

(٤) الحاوي الكبير (٢١/ ٥٦ـ٥٧) .

. . . .

واليمين فلا ينزع من صاحب اليد .

والثاني : نعم ؛ لأنه فرع فيتبع الأصل ؛ كما لو ثبت غصب جارية . . فإنه يحكم لمدعيها بالولد الحاصل في يد الغاصب .

والقولان فيما إذا أسند دعواه إلى زمن لا يمكن فيه حدوث الولد ، أما إذا أمكن وقامت الحجة بذلك . . فلا شك أن الملك يثبت من ذلك الزمن ، وأن الزوائد الحاصلة في يده للمدعي ، والولد منها وهو يتبع الأم في تلك الحالة ، فلا يجري القولان في حريته ، وقد بان انقطاع حق صاحب اليد ، وعدم ثبوت يده عليه ، نبَّه عليه في « المطلب » .

وإنما صوّرها بالحجة الناقصة ؛ لأنها موضع النظر ، ولا يخفى أنه إذا ثبت الانتزاع بالناقصة . . فبالكاملة أولى .

تنبيه : سياقه يقتضي : نفي النسب بهذه الحجة ، وقال الرافعي مفرعاً **على الأصح** : إن الولد يبقى في يد صاحب اليد ، وهل يثبت نسبه بإقرار المدعي ؟ فيه ما ذكرنا في (الإقرار) و(اللقيط) في استلحاق عبد الغير[1] .

ومقتضاه : أنه إن كان صغيراً . . فلا يثبت ؛ محافظة على حق الولاء للسيد ، وإن كان بالغاً وصدَّقه . . ثبت **في الأصح** .

واعلم : أن « المحرر » لم يحك الخلاف في النسب والحرية ، بل قال : (وهل يحكم له بالولد وينزع من يد المدعى عليه ؟ قولان)[2] وكذا قاله الأصحاب ، لكن يلزم منه ما قاله المصنف .

---

(١) الشرح الكبير (١٣/ ٩٤) .
(٢) المحرر (٣/ ١٦٩٥) .

وَلَوْ كَانَ بِيَدِهِ غُلاَمٌ فَقَالَ رَجُلٌ : كَانَ لِي وَأَعْتَقْتُهُ ، وَحَلَفَ مَعَ شَاهِدِهِ . . فَالْمَذْهَبُ : انْتِزَاعُهُ وَمَصِيرُهُ حُرّاً .

وَلَوِ ادَّعَتْ وَرَثَةٌ مَالاً لِمُوَرِّثِهِمْ وَأَقَامُوا شَاهِداً وَحَلَفَ مَعَهُ بَعْضُهُمْ . . أَخَذَ نَصِيبَهُ وَلاَ يُشَارَكُ فِيهِ .

قوله : (ولو كان بيده غلام فقال رجل : كان لي وأعتقته وحلف مع شاهده . . فالمذهب : انتزاعه ومصيره حرّاً) أي : بإقراره وإن تَضَمَّنَ استلحاق الولد[١] ؛ لأنه تابع ، وهذا ما نص عليه[٢] ، واحتج به المزني لمقابل الأظهر فيما سبق[٣] ، واختلفوا ؛ فجعلهما ابن سريج على قولين ، وقطع الجمهور بنصه هنا ، وفرقوا بأنه في العبد يدّعي ملكاً متقدماً وحجتُه تصلح لإثبات الملك ، فإذا ثبت . . ترتّب عليه العتق بإقراره ، وهناك قامت الحجة على ملك الأم خاصة ، وأما الولد . . فلم يَدَّعِ ملكه ، وإنما يقول : هو حر الأصل ، وذلك لا يثبت بالشاهد واليمين .

قوله : (ولو ادعت ورثة مالاً لمورثهم وأقاموا شاهداً وحلف معه بعضهم . . أخذ نصيبه ولا يشارك فيه) .

اعلم : أنه إذا ادّعى ورثة ميت ديناً أو عيناً لمورثهم . . فإنما يحكم على المدعى عليه إذا ثبت لهم ثلاثة أشياء : الموت ، والوراثة ، والمال .

والأول والثاني إنما يثبتان بشاهدين أو إقرار الخصم ، وأما المال ؛ فإن

---

(١) قوله : (استلحاق الولد) كذا في (أ) و(ب) . والصواب : (استلحاق الولاء) كما في سائر الشروح .
(٢) الأم (٨/ ١٥) .
(٣) أي : في قول المتن : (وكان بيده أمة وولدها . . .) إلخ . وراجع « مختصر المزني » (ص : ٤١١) .

. . . .

حضر جميع الورثة وهم كاملون وأقاموا شاهداً وحلفوا معه . . استحقُّوا ، والمأخوذ تركة تُقْضَى منها ديون الميت ووصاياه ، وإن حلف معه بعضهم . . أخذ الحالف نصيبه .

والنص : أنه لا يشاركه فيه من لم يحلف من الغائبين ولا الحاضرين الناكلين(١) ؛ لأن الحجة تمَّت في حقّه وحده .

ونص في (الصلح) : أنهما لو ادعَيَا داراً إرثاً فصدّق المدعى عليه أحدهما في نصيبه . . شاركه المكذب(٢) .

فخُرّج من هناك قولٌ هنا بالمشاركة ، وامتنع الجمهور منه ؛ لأن الشركة يلزم منها تمليك الناكل بيمين غيره ، وجريان النيابة في اليمين ، وهي لا تجري فيها .

وهناك يثبت الحق(٣) بإقرار المدعى عليه ، ثم يترتّب عليه إقرار المصدّق بأنه إرث ، وعلى هذا فلا فرق بين الدين والعين في الصورتين(٤) .

وقال الزركشي : **المعتمد في الفرق** : أن الممتنع هنا قادر على الوصول إلى حقه بيمينه ، فإذا لم يحلف . . صار كالتارك لحقه على خصمه(٥) .

وسياق الكتاب يقتضي : أنه يحلف على حصته ، وكلام الرافعي يميل

---

(١) مختصر المزني (ص : ٤١١) .
(٢) الأم (٤/ ٤٦٩) .
(٣) وأما في مسألة المتن . . فثبت الحق بشاهد ويمين . راجع « مغني المحتاج » (٦/ ٣٧٢) . و« بداية المحتاج » (٤/ ٥٠٤) .
(٤) أي : في صورة ثبوت الحق بشاهد ويمين ، وصورة ثبوته بإقرار المدعى عليه . راجع « الشرح الكبير » (١٣/ ٩٧) .
(٥) تكملة كافي المحتاج (ص : ٤١١) .

وَيَبْطُلُ حَقُّ مَنْ لَمْ يَحْلِفْ بِنُكُولِهِ إِنْ حَضَرَ وَهُوَ كَامِلٌ ، . . . .

إليه ، فإنه نقل عن أبي الفرج : أنه يحلف على الجميع ، وأن كلام غيره مشعر بخلافه[١] .

وسكت[٢] عما لو حلف الجميع ؛ لوضوحه في الاستحقاق ، وهل يحلف كل واحدٍ على الجميع أو قدر حصته ؟ فيه ما سبق[٣] .

قوله : (**ويبطل حق من لم يحلف بنكوله إن حضر وهو كامل**) أي : من اليمين مع الشاهد ، حتى لو مات . . لم يكن لوارثه أن يحلف ، كذا نقله الرافعي عن الإمام ، ثم قال : وفي « كتاب ابن كج » : ما ينازع فيه ، وقد يُوجَّه بأنه حقُّه فله تأخيره[٤] .

قال في « المطلب » : وهو قضية كلام القاضي أبي الطيب وابن الصباغ .

قال الزركشي : وما قاله الإمام جزم به القاضي حسين والماوردي وغيرهما[٥] .

واحترز بقوله : (**بنكوله**) : عما لو توقف عن اليمين من غير نكول منه . . فله الحلف ، قال الإمام والماوردي : ولوارثه أن يحلف إن لم يصدر من مورثه ما يبطل حقه[٦] ، ولا تجب إعادة الشهادة **على الأصح** .

وقوله : (**إن حضر**) مستدرك ، فإنه قال في « الروضة » تبعاً للدارمي : ينبغي أن يكون الحاضر الذي لم يشرع في الخصومة ، أو لم يشعر بالحال ؛

(١) الشرح الكبير (١٣/ ٩٩) .

(٢) أي : المصنف .

(٣) أي : آنفاً في سياق الكتاب وكلام الرافعي .

(٤) الشرح الكبير (١٣/ ٩٧) ، نهاية المطلب (١٨/ ٦٣١ـ ٦٣٢) .

(٥) تكملة كافي المحتاج (ص : ٤١٢) ، الحاوي الكبير (٢١/ ٥٠) .

(٦) الحاوي الكبير (٢١/ ٥١) .

فَإِنْ كَانَ غَائِباً أَوْ صَبِيّاً أَوْ مَجْنُوناً . . فَالْمَذْهَبُ : أَنَّهُ لاَ يَقْبِضُ نَصِيبَهُ ، . . .

كالصبي والمجنون والغائب في بقاء حقه ، بخلاف ما سبق في الناكل .

قوله : (فإن كان غائباً أو صبياً أو مجنوناً . . فالمذهب : أنه لا يقبض نصيبه) نص الشافعي في المجنون : أنه يوقف نصيبه[١] ، قال الجمهور : مراده أنا نمتنع من الحكم في نصيبه ويتوَقَّف حتى يفيق ؛ لأنه لا يمكن تحليفه ، ولا وَليّه عنه ؛ لأن اليمين لا تدخلها النيابة .

وقيل : بل يؤخذ نصيبه ويوقف .

فعلى المذهب : تصرف المدعى عليه فيه نافذ ؛ لأنه لم يثبت بالشاهد قبل اليمين شيء يوجب توقفه .

والصبي والغائب كالمجنون .

وسياق كلام المصنف يقتضي : اختصاص هذا بحلف الحاضر ، وهو مقتضى كلام الغزالي[٢] ، وخالفه في « المطلب » وقال : الصواب : أنه لا يقبض سواء أَحَلَف أحد أم لم يحلف ، بل ينبغي أن يتوقع الحيلولة عند إقامة الحاضر الشاهد ؛ لأن حلفه لا يثبت به حق الغائب حتى يتعين ثبوت الحق بيمينه ، **هذا هو ظاهر النص** .

وتعبيره بـ(المذهب) صريح بأن الخلاف طريقان ، وليس كذلك ، وقد تردّد الرافعي في أنه وجهان أو قولان ، وعبّر في « الروضة » **بـ(الصحيح)**[٣] .

---

(١) مختصر المزني (ص : ٤١١) .

(٢) الوسيط (٤/ ٣٤٢) .

(٣) الشرح الكبير (١٣/ ٩٨) ، روضة الطالبين (٨/ ٢٥٥ـ ٢٥٦) .

فَإِذَا زَالَ عُذْرُهُ . . حَلَفَ وَأَخَذَ بِغَيْرِ إِعَادَةِ شَهَادَةٍ .

وَلاَ تَجُوزُ شَهَادَةٌ عَلَى فِعْلٍ ؛ كَزِناً وَغَصْبٍ وَإِتْلاَفٍ وَوِلاَدَةٍ إِلاَّ بِالإِبْصَارِ ،

قوله : (**فإذا زال عذره**) أي : بأن بلغ الصبي ، وأفاق المجنون ، وحضر الغائب (. . **حلف وأخذ بغير إعادة شهادة**) قال الإمام : لأن الشهادة متعلقة بالميراثِ وإثباتِ ملك المورّث ، وذلك في حكم المصلحة الواحدة ، فإذا ثبتت الشهادة في حق البعض ثَبَتَتْ في حق الكل وإن تعذر الدعوى في الجميع[1] .

وما جزم به من عدم الإعادة محله : إذا لم يتغير حال الشاهد بما يقتضي ردّ شهادته ، فإن تغيّر . . فوجهان بلا ترجيح .

قال الزركشي : **والمختار** : منع الحلف ؛ لاتصال الحكم بشهادته في حق الحالف فقط ؛ ولهذا لو رجع الشاهد . . لم يكن له أن يحلف .

وقال : ينبغي أن يكون هذا إذا ادّعى الأولُ بجميع الحق ، فإن كان ادعى بقدر حصته . . فلا بد من الإعادة[2] . انتهى

أما إذا أقام بعضهم شاهدين . . فيثبت المدَّعَى ، فإذا حضر الغائب وكمل غير المكلف . . أخذ نصيبه بلا دعوى ولا بينة .

قوله : (**ولا تجوز شهادة على فعل ؛ كزنا وغصب وإتلاف وولادة إلا بالإبصار**) لها ولفاعلها ، فلا يجوز بناء الشهادة على السماع من الغير ؛ لأن ما أمكن إدراكه بالحواس . . لم يجز أن يعلم إلا بها ، قال صلى الله عليه وسلم : « **عَلَى مِثْلِ الشَّمْسِ فاشْهَدْ أَوْ فَدَعْ** » . رواه ابن عدي بهذا اللفظ ،

---

(١) نهاية المطلب (١٨/ ٦٣٢ـ ٦٣٣) ، وقوله : (في حكم المصلحة الواحدة) كذا في (أ) و(ب) ، والذي في « النهاية » : (في حكم الخصلة الواحدة) ، وهو أولى .

(٢) تكملة كافي المحتاج (ص : ٤١٥) .

وَتُقْبَلُ مِنْ أَصَمَّ ، وَالأَقْوَالُ ؛ كَعَقْدٍ يُشْتَرَطُ سَمْعُهَا وَإِبْصَارُ قَائِلِهَا ، وَلاَ يُقْبَلُ أَعْمَى . . . .

وروى الحاكم والبيهقي : نحوه[١] .

واقتصى كلام المصنف : جواز النظر في الزنا لتحمل الشهادة ، **وهو الصحيح** ؛ كما تقدم[٢] .

قوله : (**وتقبل من أصم**) لأن المعتمد فيها على الفعل ، وهو مدرك بالبصر لا بالسمع .

قوله : (**والأقوال ؛ كعقد**) وإقرار وطلاق[٣] (**يشترط سمعها وإبصار قائلها**) أي : فلا بد من مشاهدة المقِرّ أو العاقد حال لفظه بنظره ، وسماعه ما يتلفظ به ، حتى لو نطق به من وراء حجاب . . لم يكف ؛ لجواز اشتباه الأصوات .

قال الماوردي : ولو حال بينهما ثوب خفيف يَشِفُّ . . ففي جواز الشهادة وجهان[٤] .

قال الزركشي : **ومقتضى ما رجّحه الرافعي في جواز نقاب المرأة** : الجواز[٥] .

قوله : (**ولا يقبل أعمى**) أي : لا يصح منه التحمل اعتماداً على الصوت

---

(١) الكامل في ضعفاء الرجال (٧/ ٢٠٣) ، المستدرك (٤/ ٩٨) ، السنن الكبير (٢٠٦١٣) عن ابن عباس رضي الله عنهما ، قال البيهقي : (ولم يُرْوَ من وجهٍ يعتمد عليه) .

(٢) راجع شرح قول المتن في أوائل (كتاب النكاح) : (ويباح النظر لمعاملة وشهادة. . .) إلخ .

(٣) ليس في (ب) : (وإقرار وطلاق) .

(٤) الحاوي الكبير (١٧/ ٣٩) دار الكتب العلمية .

(٥) الشرح الكبير (١٣/ ٦٢) .

إِلاَّ أَنْ يُقِرَّ فِي أُذُنِهِ فَيَتَعَلَّقَ بِهِ حَتَّى يَشْهَدَ عِنْدَ قَاضٍ بِهِ عَلَى الصَّحِيحِ ، وَلَوْ حَمَلَهَا بَصِيرٌ ثُمَّ عَمِيَ . . شَهِدَ إِنْ كَانَ الْمَشْهُودُ لَهُ وَعَلَيْهِ مَعْرُوفَي الاسْمِ وَالنَّسَبِ .

فإن الأصوات تشتبه .

قوله : (**إلا أن يقر في أذنه**) أي : بطلاق وعتاق ونحوه (**فيتعلق به حتى يشهد عند قاض به على الصحيح**) أي : لحصول العلم به .

والثاني : اطراد المنع ؛ سداً للباب .

وجعل القاضي حسين موضع الخلاف في المكان الخالي ، فلو كان هناك جماعة وأقر في أذنه . . لم يقبل قطعاً .

قوله : (**ولو حملها بصير ثم عمي . . شهد إن كان المشهود له وعليه معروفي الاسم والنسب**) أي : لانتفاء المانع من القبول .

قال في « الأم » : لو امتنع . . لزم ألاّ تجوز شهادة البصير على الغائب والميت ؛ لأن الشاهد لا يراهما[١] .

وتقبل من طريق أولى فيما إذا عمي بعد الأداء وقبل الحكم .

وصرح الماوردي بأنه لو لم يكن المشهود عليه معروف النسب وكانت يد الشاهد عليه مستمرة من التحمل إلى الأداء بعد العمى . . جاز[٢] ، فالمعرفة ليست بقيد .

وتقبل شهادته فيما شهد به بالاستفاضة إذا لم يحتج إلى تعيين وإشارة ، وكذا في الترجمة **على الأصح** فيهما .

---

(١) الأم (٨/ ٢٠٤ـ٢٠٥) .

(٢) الحاوي الكبير (١٧/ ٤٣) دار الكتب العلمية .

وَمَنْ سَمِعَ قَوْلَ شَخْصٍ أَوْ رَأَى فِعْلَهُ ؛ فَإِنْ عَرَفَ عَيْنَهُ وَاسْمَهُ وَنَسَبَهُ . . شَهِدَ عَلَيْهِ فِي حُضُورِهِ إِشَارَةً ، وَعِنْدَ غَيْبَتِهِ وَمَوْتِهِ بِاسْمِهِ وَنَسَبِهِ ، فَإِنْ جَهِلَهُمَا . . لَمْ يَشْهَدْ عِنْدَ مَوْتِهِ وَغَيْبَتِهِ .

قوله : (ومن سمع قول شخص أو رأى فعله ؛ فإن عرف عينه واسمه ونسبه . . شهد عليه في حضوره إشارة ، وعند غيبته وموته باسمه ونسبه) أي : لحصول التمييز بذلك .

وقوله : (إشارة) يقتضي : أنه لا يحتاج لذكر اسمه ونسبه ، وصرّح ابن أبي الدم : أنه يذكره مع الإشارة .

ويقتضي : ألاّ تسمع الشهادة على الحاضر من غير إشارة فيه ، وحكى ابن الرفعة عن أبي إسحاق : جوازه(١) .

والمراد بالنسب : اسم أبيه وجدّه ، ولو عرفه باسمه واسم أبيه وَحْدَه . . ففي « الوسيط » : أنه يقتصر عليه في الشهادة أيضاً(٢) ، فإن عرفه القاضي بذلك . . جاز ، ويعتمد في النسب معرفة الاستفاضة ، وليس له اعتماد قوله : إنه فلان بن فلان ، بل يكتب : حضر من ذكَر أنَّ اسمه فلان واسم أبيه فلان .

قوله : (فإن جهلهما) أي : اسمه ونسبه (. . **لم يشهد عند موته وغيبته**) أي : لعدم العلم .

ومقتضاه : انسداد الشهادة بالموت ، وليس كذلك ، بل إذا مات المجهول . . أحْضِر للشاهد صورتُه وشهد على عينه ، فإن دفن . . **فالأرجح في « الشرح الصغير »** : أنه لا ينبش ، وصححّه في « الروضة » في (كتاب

---

(١) كفاية النبيه (١٩/٢٤٦) .
(٢) الوسيط (٤/٣٣٨) .

وَلاَ يَصِحُّ تَحَمُّلُ شَهَادَةٍ عَلَى مُنْتَقِبَةٍ اعْتِمَاداً عَلَى صَوْتِهَا ، . . . .

الطلاق) من « زوائده »[١] .

فرع : لو شهد أن فلان بن فلان وكَّل فلان بن فلان هذا . . فهل تكون الشهادة بالوكالة موجبة للشهادة بنسبه ؟ قال الماوردي والروياني : قصرها مالك على الوكالة دون النسب ؛ اعتماداً على المعقود منهما ، **وعلى مذهب الشافعي** : تكون شهادة بالوكالة والنسب جميعاً ؛ لأن الشهادة توجب إثبات ما تضمّنَتْه من معقود وغيره ؛ كمن شهد بثمن مبيع وصداق في نكاح . . كان شاهداً بالبيع والنكاح وإن قصد بهما الثمن والصداق[٢] .

وفي « فتاوى ابن الصباغ » : لو شهدا على إقرار رجل وعرفاه بذكر نسبه وحكم الحاكم بشهادتهما . . هل يكون مثبتاً لنسبه ؟ فقال : إن كان نسبه معروفاً . . فنعم ، وإن كان غير معروف ؛ فإن شهِدَا على عينه . . كان مثبتاً لنسبه ، وإن شهدا في غيبته . . فلا .

قوله : (**ولا يصح تحمل شهادة على منتقبة اعتماداً على صوتها**) أي : لأن الأصوات تتشابه .

---

(١) كذا نقل عدم النبش عن « زوائده » الزركشي في « تكملة كافي المحتاج » (ص : ٤٢٢) ، والإسنوي في (كتاب الشهادات) من « المهمات » (٩/ ٣٥٧) . والذي في « زوائده » (٦/ ١٣٥) : (قلت : الراجح : النبش ، والله أعلم) . والنبش نقل عنه الإسنوي في (كتاب الجنائز) (٣/ ٥٠٩) و(كتاب الطلاق) (٧/ ٤٣٥) من « المهمات » ، وهو الذي في « مغني المحتاج » (٢/ ٥٩) ، و« نهاية المحتاج » (٣/ ٤٠) ، و« بداية المحتاج » (١/ ٤٧٥ـ ٤٧٦) ، و« تحرير الفتاوي » (١/ ٤٥١) نقلوه ـ أي : النبش ـ في (كتاب الجنائز) عن « زوائد الروضة » في (كتاب الطلاق) ، والله أعلم .

(٢) الحاوي الكبير (١٧/ ٣٦) دار الكتب العلمية ، بحر المذهب (١٤/ ١٣٤) . وفيهما : (لمقصود) بدل (المعقود) هنا في الموضعين .

. . . .

وعلم منه : الامتناع فيمن لم يسمع صوتها ولم يرها ؛ بأن كانت من وراء ستر من باب أولى .

وحكى شريح عن رواية جدّه[1] : وجهاً فيما لو تيقَّن حقيقة أنه صوت فلان . . جاز له أن يشهد عليه .

ويستثنى من إطلاق المصنف :

ما لو كان النقاب رقيقاً . . فيجوز التحمل **على الأصح** ؛ لأنه لا يمنع الشهادة ، وقد تخرّج هذه من قوله : (اعتماداً على صوتها) .

وما لو تحقق صوتها من وراء الثياب الكثيفة ولازَمَها حتى شهد عليها . . فإنه يصح التحمل ؛ كنظيره من الأعمى ، وقد أشار إليه الرافعي بحثاً[2] .

قال في « المطلب » : ولا إشكال فيه ، **ولكن شرطه** : أن تقع الشهادة عليها وهي كاشفة عن وجهها ؛ ليعرف القاضي صورتها وإن لم يرها الشاهد ؛ كما قلنا : إن شرط انعقاد النكاح على المرأة المنتقبة أن يراها الشاهدان قبل العقد ، ولو عقد عليها منتقبة ولم يعرفها الشاهدان . . لم ينعقد وإن أمكن تعريفها بعده ، حكاه في « التتمة » ؛ لأن استماع الشاهد العقد كاستماع الحاكم الشهادة .

لكن قال الزركشيّ : ما في « التتمة » : محمول على مجهولة النسب ، فإن عرف نسبها . . لم يقدح ؛ كالغائبة[3] .

---

(١) هو القاضي شريح الروياني ، وجدّه : أبو العباس الروياني .
(٢) الشرح الكبير (١٣/ ٦٢) .
(٣) تكملة كافي المحتاج (ص : ٤٢٧) .

فَإِنْ عَرَفَهَا بِعَيْنِهَا أَوْ بِاسْمٍ وَنَسَبٍ. . جَازَ ، وَيَشْهَدُ عِنْدَ الأَدَاءِ بِمَا يَعْلَمُ ،

وأفهم : جواز النظر للشاهد ، وقد سبق شرطه في (كتاب النكاح)[١] .

قوله : (**فإن عرفها بعينها أو باسم ونسب. . جاز**) أي : التحمل ، ولا يضر النقاب ، بل لا يجوز كشف الوجه حينئذ ؛ كما قاله صاحب « الحاوي »[٢] و« العدة » وغيرهما .

وظاهر كلام الغزالي والإمام : أنه لا يجوز التحمل في هذه الصورة أيضاً[٣] .

قوله : (**ويشهد عند الأداء بما يعلم**) أي : على العين في الحضور ، والاسم والنسب عند الغيبة .

والظاهر : أن ذكر حالة التحمل بالتنقب[٤] مانع من العمل بشهادته حتى يراها القاضي ؛ كما سبق عن ابن الرفعة في صورة الضبط[٥] ، وحكاه شريح في « روضته » عن جده ، قال : وهل يسأل الحاكم الشاهد أنه رآها سافرة[٦] أم لا ؟ فيه وجهان ، **وقيل** : يسأله إن كان في موضع ريبة ، وإلا . . لم يسأله .

قال الزركشي : **والمتجه** : أنه إن كان الشاهد فقيهاً موثقاً به . . لم يسأله ، وإلا . . سأله وجوباً ؛ كما ذكروه في التعرض لشروط التحمل في الشهادة على

---

(١) أي : قبيل (فصل في الخطبة) في شرح قول المتن : (قلت : ويباح النظر لمعاملة وشهادة. . .) إلخ .

(٢) الحاوي الكبير (١٧/ ٤٥) دار الكتب العلمية .

(٣) الوسيط (٤/ ٣٣٨) ، نهاية المطلب (١٨/ ٦٢١ـ ٦٢٢) .

(٤) قوله : (بالتنقب) كذا في (أ) و(ب) ، وفي « تكملة كافي المحتاج » (ص : ٤٢٩) : (بالتنقيب) بالياء بعد القاف .

(٥) آنفاً في قوله : (قال في « المطلب ». . .) إلخ .

(٦) أي : كاشفة عن الوجه .

وَلاَ يَجُوزُ التَّحَمُّلُ عَلَيْهَا بِتَعْرِيفِ عَدْلٍ أَوْ عَدْلَيْنِ عَلَى الأَشْهَرِ ، وَالْعَمَلُ عَلَى خِلاَفِهِ . . . .

الشهادة ، فإن من الناس من يرى جواز الشهادة على مجرد الصوت وقد يجهل الشاهد اشتراط ذلك ، وفي « فتاوى القفال » : إن سألهم القاضي عن معرفته عيناً[١] . . فلهم أن يسكتوا ولهم أن يقولوا : لا يلزمنا الجواب[٢] .

قوله : (**ولا يجوز التحمل عليها بتعريف عدل أو عدلين**) أي : أنها فلانة بنت فلان (**على الأشهر**) بناء على المذهب في أن التسامع لا بد فيه من جماعة يؤمن تواطؤهم على الكذب .

وفهم من قوله : (**التحمل عليها**) التصوير بتحمله على المرأة الإقرار ، وإنما يحمل عن المُعرّفين النسب فقط ، **فالقياس** : ما قاله في « المطلب » : جواز شهادتهما عند الغيبة على إقرار من أشهدهما فلان وفلان باسمها ونسبها .

وشمل كلامه : ما إذا كانت منتقبة ، **وهو ظاهر** ، وما إذا كانت سافرة وقال المعرّف : هذه بنت فلان ، لكن إن عرف النسب . . فلا فائدة فيه ، فإنه عند الأداء يحتاج إلى رؤيتها ، وفي الرؤية مَقْنع عن ذكر النسب ؛ كما قاله الإمام[٣] .

قوله : (**والعمل على خلافه**) أي : على التحمل عليها بذلك ، فعن الشيخ أبي محمد : أنه يكفي معرّف واحد سلوكاً به مسلك الإخبار .

---

(١) كذا في (أ) و(ب) ، وفي « تكملة كافي المحتاج » (ص : ٤٢٩) : (عن معرفة عينها) .

(٢) تكملة كافي المحتاج (ص : ٤٢٩) .

(٣) نهاية المطلب (١٨/ ٦٢٢) .

وَلَوْ قَامَتْ بَيِّنَةٌ عَلَى عَيْنِهِ بِحَقٍّ فَطَلَبَ الْمُدَّعِي التَّسْجِيلَ. . . . .

قال الرافعي : وجرى عليه جماعة منهم القاضي شريح الروياني[١] ، والدارمي في « الاستذكار » ، والغزالي في « الخلاصة »[٢] .

وقيل : يعتبر عدلان ؛ بناء على جواز الشهادة على النسب بالسماع منهما ، وعزي للشيخ أبي حامد .

قال ابن عبد السلام في « فتاويه » : **إنه المختار** ؛ لمسيس الحاجة[٣] .

وتوسّع الإصْطَخْريُّ فقال : إن كان يعرف نسبها ولا يعرف عينها. . له اعتماد ابنها الصغير إذا قال له وهي في نسوة : من أمّك ؟ فأشار إليها ، وادعى ابن كج أنه أشدّ وقْعاً في القلب وأثبت .

وأفاد تعبيره بالعدالة : الاكتفاء بشروط الرواية دون الشهادة على القول به .

وسبق نظير هذه العبارة[٤] في (صلاة العيد)[٥] ، وهي تقتضي الميل إليه ، ولم يصرح بذلك في « الشرح » و« الروضة » بل نَقَلا عن الأكثرين : المنع ، وسَاقَا الثاني مساق الأوجه الضعيفة[٦] .

قوله : (ولو قامت بينة على عينه بحق فطلب المدعي التسجيل. .

---

(١) قوله : (القاضي شريح الروياني) كذا في (أ) و(ب) ، و« تكملة كافي المحتاج » (ص : ٤٣١) ، و« روضة الطالبين » (٨/ ٢٣٦) ، والذي في « الشرح الكبير » (١٣/ ٦٣) : (القاضي ابن كج والروياني) .

(٢) الخلاصة (ص : ٦٩٣) .

(٣) الفتاوى الموصلية (ص : ٩١ـ ٩٢) .

(٤) أي : قول المتن : (والعمل على خلافه) .

(٥) أي : في (فصل التكبير) من (باب صلاة العيدين) عند قول المتن : (وفي قول : من صبح عرفة. . . والعمل على هذا) .

(٦) الشرح الكبير (١٣/ ٦٢ـ ٦٣) ، روضة الطالبين (٨/ ٢٣٦) .

سَجَّلَ الْقَاضِي بِالْحِلْيَةِ ، لاَ الاسْمِ وَالنَّسَبِ مَا لَمْ يَثْبُتَا ، وَلَهُ الشَّهَادَةُ بِالتَّسَامُعِ عَلَى نَسَبٍ مِنْ أَبٍ وَقَبِيلَةٍ ، . . . .

سجل القاضي بالحلية لا الاسم والنسب ما لم يثبتا) أي : بالبينة ، فيكتب : حضر رجل ذكر أنه فلان ومن حِلْيته كَيْتَ وكَيْتَ .

ولا يكفي في النسب والاسم قول المدعى عليه ، فإن نسبه لا يثبت بإقراره[(١)] .

قال الرافعي : والتسجيل على العين ممتنع ، فإن قامت بينة على نسبه حسبةً ـ وقبلناها في النسب كما هو الصحيح ـ أَثْبته وعمل به[(٢)] .

وما جزم به في التسجيل ينبني على سماع البينة بذلك ، ولم يحكوا فيه خلافاً .

قوله : (وله الشهادة بالتسامع على نسب من أب وقبيلة)[(٣)] أي : بأن يشهد أن هذا ابن فلان ، أو هذه بنت فلان إذا عرفها بعينها ، أو أنهما من قبيلة كذا ؛ لأنه لا مدخل للرؤية فيه ، وغاية الممكن رؤية الولادة على الفراش ، فاكتُفِيَ فيه بالاستفاضة ؛ للحاجة .

وأشار ابن المنذر إلى الإجماع فيه[(٤)] .

قال في « البحر » : وشرط الشافعي فيه أربعة : طول الزمان في انتسابه إلى

---

(١) كذا في (أ) و(ب) . والذي في « تكملة كافي المحتاج » (ص : ٤٣٣) : (قول المدعي ، ولا إقرار المدعى عليه ، فإن نسبه لا يثبت بإقراره) ، وهو كذلك في « روضة الطالبين » (١١/٢٦٦) ، و« الشرح الكبير » (١٣/٦٥) ، و« النجم الوهاج » (١٠/ ٣٥٥) وغيرها من شروح « المنهاج » .

(٢) الشرح الكبير (١٣/ ٦٤ـ ٦٥) .

(٣) كذا في « المنهاج » وبعض الشروح المطبوعة ، وفي بعضها : (من أب أو قبيلة) .

(٤) الإشراف على مذاهب العلماء (٤/ ١٦٤) .

وَكَذَا أُمٌّ فِي الأَصَحِّ ، وَمَوْتٌ عَلَى الْمَذْهَبِ ، لاَ عِتْقٍ ، وَوَلاَءٍ ، وَوَقْفٍ ، وَنِكَاحٍ ، وَمِلْكٍ فِي الأَصَحِّ . قُلْتُ : الأَصَحُّ عِنْدَ الْمُحَقِّقِينَ وَالأَكْثَرِينَ فِي الْجَمِيعِ : الْجَوَازُ ، وَاللهُ أَعْلَمُ .

ذلك النسب ، ونسب غيره إياه إليه ، وعدم الدافع ، وعدم الأدلة التي هي سبب الريبة(١) .

فلو كان المنسوب إليه حياً وأنكر . . لم تجز الشهادة ، وإن كان مجنوناً . . جازت ؛ كما لو كان ميتاً ، **وفيه وجه** ؛ لأنه قد يفيق فينكر .

والأصح : أن طعن بعض الناس في ذلك النسب يمنع جواز الشهادة ؛ لاختلال الظن ، وسكتوا عن اعتبار سؤال الحاكم لذلك ، **والقياس** : الوجوب عند جهالة الشاهد بالشرط أو الريبة ؛ كما سبق في الشهادة على المرأة(٢) ، ولاسيما إذا كان المنسوب إليه عظيماً ؛ كالأشراف .

وادعى الماوردي في المرأة زيادة احتياط(٣) .

قوله : (**وكذا أم في الأصح**) أي : ويثبت النسب من الأم بالتسامع ؛ كما في جانب الرجل ، وقطع به بعضهم .

ووجه المنع : إمكان رؤية الولادة .

قوله : (**وموت على المذهب**) لأن أسبابه خفية يتعذر الوقوف عليها ، **وقيل** : وجهان ؛ لأنه يمكن فيه المعاينة .

قوله : (**لا عتق وولاء ووقف ونكاح وملك في الأصح ، قلت : الأصح عند المحققين والأكثرين في الجميع : الجواز ، والله أعلم**) .

---

(١) بحر المذهب (١٤/ ١٣٤) .
(٢) أي : في شرح قول المتن : (ويشهد عند الأداء بما يعلم) .
(٣) الحاوي الكبير (١٧/ ٤٤) .

. . . .

وجه المنع : أن أسباب هذه الأمور غير متعذرةٍ ، ومشاهدتها متيسّرة .

ووجه الجواز : أنها أمور مؤبدة ، فإذا طالت مدتها . . عسر إقامة البينة على ابتدائها فتمس الحاجة إلى إثباتها بالتسامع .

قال الإمام البلقيني : والفتوى عندنا فيما عدا الملك على المنع ، والخلاف في الملك قولان ، **منصوص** « **الأم** » و« **المختصر** » : الجواز ما لم ير منازع في ذلك(١) ، **والمنصوص في** « **حرملة** » : المنع ، واختاره جماعة . انتهى

وصورة المسألة فيه : أن يستفيض أنه ملكه من غير إضافة إلى سبب ، فإن كان المستفيض سبب الملك ببيع ونحوه . . لم يشهد به ؛ لإمكان مشاهدته .

نعم ؛ إن كان سببه الميراث . . جازت ؛ لأن الميراث يستحق بالنسب والموت وكل منهما يثبت بالاستفاضة ، قاله الماوردي والروياني وابن الصباغ(٢) .

ومحل الخلاف في الملك : مجرد الاستفاضة ، أما إذا انْضمَّ إليه اليد والتصرف . . جازت قطعاً ، أشار إليه الرافعي(٣) .

وما صحَّحه ؛ من ثبوت الوقف بالاستفاضة . . هو أصل الوقف ، وأما شروطه وتفاصيله . . فأفتى المصنف بأنه لا تثبت بالاستفاضة ، بل إن كان على جماعة معينين أو جهات متعددة . . قُسِمت الغلّة بينهم بالسوية ، وإن كان على مدرسة مثلاً وتعذَّرت معرفة الشروط . . صَرَف الناظر الغلّة فيما يرى من مصالحها(٤) .

---

(١) الأم (٨/ ٢٠٤) ، مختصر المزني (ص : ٤٠٨) .
(٢) الحاوي الكبير (١٧/ ٣٨) ، بحر المذهب (١٤/ ١٣٥) .
(٣) الشرح الكبير (١٣/ ٧١) .
(٤) فتاوى الإمام النووي (ص : ١٨٦) .

وَشَرْطُ التَّسَامُعِ : سَمَاعُهُ مِنْ جَمْعٍ يُؤْمَنُ تَوَاطُؤُهُمْ عَلَى الْكَذِبِ ، وَقِيلَ : يَكْفِي مِنْ عَدْلَيْنِ ، وَلاَ تَجُوزُ الشَّهَادَةُ عَلَى مِلْكٍ بِمُجَرَّدِ يَدٍ ، . . . .

قوله : (**وشرط التسامع : سماعه من جمع يؤمن تواطؤهم على الكذب**) لأن الأصل في الشهادة اعتماد اليقين ، وإنما يعدل عنه عند عدم الوصول إليه إلى ظنّ يقْرُب منه على حسب الطاقة .

وعبارة الرافعي : جمع كثير يقع العلم أو الظن القويُّ بخبرهم ، ويؤمن تواطؤهم على الكذب ، قال : وينبغي ألاّ تعتبر الحرية ولا العدالة ولا الذكورة[١] .

قال في « المهمات » : وما ذكره بحثاً جزم به الماوردي بالنسبة للعدالة ، والروياني بالنسبة للحرية والذكورة[٢] .

قوله : (**وقيل : يكفي من عدلين**) أي : كما يجوز للحاكم الحكم بشهادة عدلين ، ونسبه الإمام للعراقيين[٣] ، وصحّح الأول الماوردي[٤] والقاضي حسين وجماعة .

وحكى الرافعي في (باب قسم الصدقات) : أن أقل درجات الاستفاضة ثلاثة ؛ للخبر[٥] .

قوله : (**ولا تجوز الشهادة على ملك بمجرد يد**) يعني : أن اليد إذا انفردت . . لا تفيد جواز الشهادة على الملك ؛ لأنها قد تكون عن إجارة أو

---

(١) الشرح الكبير (١٣/ ٦٩ـ ٧٠) .
(٢) المهمات (٩/ ٣٦١) ، الحاوي الكبير (٢٠/ ١٠٨) ، بحر المذهب (١٤/ ١٤٠) .
(٣) نهاية المطلب (١٨/ ٦١٣) .
(٤) الحاوي الكبير (١٧/ ٣٥) دار الكتب العلمية .
(٥) الشرح الكبير (٧/ ٤٠٠) ، والخبر أخرجه مسلم (١٠٤٤) عن قَبِيصَة بن مخارق الهلالي رضي الله عنه .

وَلاَ بيَدٍ ، وَتَصَرُّفٍ فِي مُدَّةٍ قَصِيرَةٍ ، وَتَجُوزُ فِي طَوِيلَةٍ فِي الأَصَحِّ ، . . . . .

إعارة ، لكن إذا رأى الشيء في يد إنسان . . جاز أن يشهد له باليد .

وشرَط البغويُّ لذلك : أن يراه في يده مدّةً طويلةً[١] .

وحكى الإمام قولاً : أنه تجوز الشهادة بالملك بمجرد اليد[٢] ، **والمشهور** : الأول .

والتصرف المجرد كاليد المجردة لا يفيد جواز الشهادة بالملك ؛ لأنه قد يكون من وكيل أو غاصب .

قوله : (**ولا بيد ، وتصرف في مدة قصيرة ، وتجوز في طويلة في الأصح**) يعني : إذا اجتمع يد وتصرف ؛ فإن قصرت المدة . . فهو كاليد المجردة ، وإن طالت . . **فالأصح** : جواز الشهادة له بالملك ؛ لأن امتداد اليد والتصرف مع طول الزمان من غير منازع يُغلّب على الظن الملك .

وقَاسَه في « الحاوي » في (كتاب اللقيط) على الحاكم ، فإنه يحكم بالملك بذلك[٣] ، والحكم آكد من الشهادة[٤] .

وسواء العقار والعبد والثوب وغيرها إذا مُيّز المشهود به عن أمثاله .

وصحّح الشيخ أبو حامدٍ والقاضي أبو الطيب والروياني وصاحب « المهذب » : المنع[٥] .

---

(١) التهذيب (٨/ ٢٢٤) .

(٢) نهاية المطلب (١٨/ ٦٠٩ـ٦١١) .

(٣) أي : باليد والتصرف .

(٤) الحاوي الكبير (٩/ ٣٧٦) .

(٥) بحر المذهب (١٤/ ١٣٦) ، المهذب (٥/ ٦٤١) .

وَشَرْطُهُ : تَصَرُّفُ مُلَّاكٍ مِنْ سُكْنَى وَهَدْمٍ وَبِنَاءٍ وَبَيْعٍ وَرَهْنٍ ، . . . .

قال الزركشي : **وهو أقوى** ، ولاسيما في العقار في الأمصار والمزارع وغيرهما[(١)] .

وصحح المصنف في (باب اللقيط) : استثناء الرقيق من القول بالجواز ، فليس له أن يشهد بملكه بمجرد اليد والتصرف إلا إن سمعه يقول : هو عبدي ، أو سمع الناس يقولون ذلك[(٢)] .

قال في « المهمات » : **وكأنَّ الفرق** : وقوع الاستخدام في الأحرار كثيراً مع الاحتياط للحرية[(٣)] .

والصحيح في قصر المدة وطولها : الرجوع إلى العرف .

قوله : (**وشرطه** : **تصرف ملاك** ؛ **من سكنى وهدم وبناء وبيع ورهن**) لأن الغالب صدور هذه التصرفات من المالكين .

ويدخل في إطلاقه البيع : بيع المنفعة بالإجارة ، وفيها وجهان .

قال الرافعي : وينبغي جريانهما في مجرد الرهن أيضاً ؛ لأنه قد يصدر من مستعير ليرهن ، قال : والأوفق لإطلاق الأصحاب : الاكتفاء بهما ، ولا يكفي التصرف مرة واحدة ؛ لأنه لا يحصّل ظناً[(٤)] .

ويشترط في جواز الشهادة بناء على اليد أو اليد والتصرف : ألاّ يعرف له منازعاً فيه ، فإن الظن حينئذ يتأكّد ، ونقل ابن كج وجهين : في أن منازعه من لا حجة معه هل يمنع من الشهادة ؟

---

(١) تكملة كافي المحتاج (ص : ٤٥٤) .
(٢) روضة الطالبين (٤/ ٥١٠) ، وفي (ب) : (إلا أن يسمعه) .
(٣) المهمات (٩/ ٣٦٢) .
(٤) الشرح الكبير (١٣/ ٧٣) .

وَتُبْنَى شَهَادَةُ الإِعْسَارِ عَلَى قَرَائِنِ وَمَخَائِلِ الضُّرِّ وَالإِضَافَةِ .

فصل

تَحَمُّلُ الشَّهَادَةِ فَرْضُ كِفَايَةٍ فِي النِّكَاحِ ، . . . .

قوله : (**وتبنى شهادة الإعسار على قرائن ومخائل الضر والإضاقة**) لأنه لا يمكن الوقوف على اليقين فيه ، لكن تعتبر فيها الخبرة الباطنة ؛ لأن الأسباب المفيدة للظن فيه خفيّة ، وقد صرّح به المصنف في (التفليس)[١] وإنما لم يذكره هنا ؛ لأنه شرط لقبول شهادته ، لا لجواز إقدام الشاهد .

وقضية كلامه : أنها لا تحل بالاستفاضة ، وحكى ابن الرفعة عن الإمام : الجزم بالجواز[٢] .

فائدة : الإضاقة مصدر (أضاق) أي : ذهب ماله ؛ كما قال الجوهري[٣]، ولو أراد الفقر وسوء الحال . . لعَبَّرَ بـ(الضيق) فإنه مصدر لذلك.

(فصل)

[في تحمّل الشهادة وأدائها وكتابة الصكّ]

(**تحمل الشهادة فرض كفاية في النكاح**) أي : لتوقف الانعقاد عليه ، فلو امتنع الكل . . . أثموا ، ولو طلب من اثنين التحمل وثَمَّ غيرهما . . لم يتعيَّنا ، قال في « الروضة » : بلا خلاف[٤] ، **وفيه خلاف** ، حكاه الماوردي[٥] .

---

(١) قال في الفصل الأول من (كتاب التفليس) في « المنهاج » (ص : ٢٦٢) : (وتقبل بيّنة الإعسار في الحال ، وشرط شاهده : خبرة باطنه) .

(٢) كفاية النبيه (١٩/ ٢١٤) ، نهاية المطلب (١٨/ ٦٠٩) .

(٣) الصحاح (ص : ٦٣٠) .

(٤) روضة الطالبين (٨/ ٢٤٧) .

(٥) راجع « الحاوي الكبير » (١٧/ ٢٦) وما بعدها .

وَكَذَا الإِقْرَارُ وَالتَّصَرُّفُ الْمَالِيُّ ، وَكِتَابَةُ الصَّكِّ فِي الأَصَحِّ .

قوله : (**وكذا الإقرار والتصرف المالي**) أي : لمسيس الحاجة لذلك ؛ لتمهيد إثبات الحقوق عند التنازع (**وكتابة الصك في الأصح**) لأنه لا يستغنى عن الكتابة في عصمة الحقوق والأموال .

وقوله : (**في الأصح**) يعني : في الثلاث ، وعبّر في « الروضة » في الثالثة بـ(**الأصح**) ، وبه قطع السرخسي ، وفي الأولين بـ(**الصحيح**) وبه قطع العراقيون ، قاله في « التحرير »[(١)] .

وعن ابن القطان : أن محل الخلاف في الإقرار والتصرف إذا لم يحصل تقابض لتأجيل وغيره ، فأما بعد التقابض . . فلا يجب التحمل .

وعطفه بـ(كذا) يقتضي : أنه لا خلاف في النكاح وهو المشهور ، وكلام بعضهم يقتضي طرد الخلاف فيه .

ومحل الوجوب : ما إذا حضر المحمول له ، فإن دعاه إلى أن يتحمل . . لم يلزمه **في الأصح** إلا أن يكون المُحمّل معذوراً بمرض أو حبس أو كانت مخدرة واعتبرنا التخدّر ، وكذا إذا دعاه القاضي ليُشْهِده على أمر ثبت عنده . . لزمه الإجابة .

قال البلقيني : **ومحل الوجوب أيضاً** : إذا كان المتحملون كثيرين ، فإن لم يوجد إلا العدد المعتبر في الحكم . . فهو فرض عين ؛ كما جزم به الشيخ أبو حامدٍ والماوردي[(٢)] وغيرهما ، وفي كلام الشافعي ما يقتضيه[(٣)] .

وقال في « التحرير » : لا معنى لتقييد التصرف بالمالي ، فإن الخلاف جار

---

(١) تحرير الفتاوي (٣/ ٦٩٦) ، روضة الطالبين (٨/ ٢٤٧ ، ٢٥٠) .
(٢) الحاوي الكبير (١٧/ ٢٧) .
(٣) الأم (٨/ ٢٠٧) .

وَإِذَا لَمْ يَكُنْ فِي الْقَضِيَّةِ إِلاَّ اثْنَانِ . . لَزِمَهُمَا الأَدَاءُ ، فَلَوْ أَدَّى وَاحِدٌ وَامْتَنَعَ الآخَرُ وَقَالَ : احْلِفْ مَعَهُ . . عَصَى .

وَإِنْ كَانَ شُهُودٌ . . فَالأَدَاءُ فَرْضُ كِفَايَةٍ ، . . . .

في الطلاق والعتق والرجعة ؛ تفريعاً على الجديد[١] .

فائدة : الصكّ : الكتاب ، فارسي معرّب ، والجمع : أَصُكٌّ وصِكَاكٌ وصُكُوكٌ ، قاله الجوهري[٢] .

قوله : (**وإذا لم يكن في القضية إلا اثنان**) أي : بأن لم يتحمل سواهما أو مات الباقون أو جُنُّوا أو غابوا أو مرضوا (. . **لزمهما الأداء**) للآية[٣] ، ولأنه يؤدي فرضاً الْتَزَمه في ذمته .

قوله : (**فلو أدى واحد وامتنع الآخر**) أي : بعد أداء الآخر أو قبله بلا عذر (**وقال**) أي : للمدّعِي (**احلف معه** . . **عصى**) أي : وإن كان القاضي يرى القضاء بالشاهد واليمين ؛ لأن من مقاصد الإشهاد التورُّع عن اليمين فلا يفوت عليه .

وفهم منه : العصيان عند الامتناع فيما لا حلف معه من طريق أولى ، ومثله امتناعهما إذا كان يستغنى عنهما بتصديقه باليمين ؛ كالشاهدين على رد الوديعة يمتنعان ويقولان للمودع : احلِفْ على ردّها .

قوله : (**وإن كان شهود** . . **فالأداء فرض كفاية**) أي : لحصول الغرض بالبعض ؛ كالجهاد ونحوه ، فإن امتنع واحد . . جاز **على الأصح** ؛

---

(١) تحرير الفتاوي (٣/ ٦٩٦) .

(٢) الصحاح (ص : ٥٩٦) .

(٣) وهي : ﴿ وَلَا يَأْبَ ٱلشُّهَدَآءُ إِذَا مَا دُعُواْ ﴾ [البقرة : ٢٨٢] ، ﴿ وَمَن يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُۥٓ ءَاثِمٌ قَلْبُهُۥ ﴾ [البقرة : ٢٨٣] .

فَلَوْ طَلَبَ مِن اثْنَيْنِ . . لَزِمَهُمَا فِي الأَصَحِّ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ إِلاَّ وَاحِدٌ . . لَزِمَهُ إِنْ كَانَ مِمَّا يَثْبُتُ بِشَاهِدٍ وَيَمِينٍ ، وَإِلاَّ . . فَلاَ ، . . . .

كالتحمل ، أو الكل . . عصَوْا .

قوله : (**فلو طلب**) أي : المدعي الأداء (**من اثنين . . لزمهما في الأصح**) أي : وإلا . . أفضى إلى التواكل ، بخلاف ما لو طلب اثنين للتحمل وثَمَّ غيرهما . . فإنه لا يلزمهما قطعاً ؛ لأنه يطلبهما هنا لأداء أمانة تحملاها ، وهناك إلى تحمّلها .

والثاني : لا ؛ كالتحمل .

قال الإمام : **ومحل الخلاف** : ما إذا كان الباقون يرغبون في الأداء أو لم تتبين رغبتهم ، فإن عَلِمَا إبَاءَهم . . فليس موضع الوجهين ، حكاه الرافعي في « الكبير »[١] ، **ومراده** : الجزم باللزوم ؛ كما صرح به في « الصغير » من غير عزو إليه ، وعبارته : فإن علم المدعوّان أن غيرهما يأبى الأداء . . فعليهما الإجابة بلا خلافٍ .

قوله : (**وإن لم يكن**) أي : في القضية (**إلا واحد . . لزمه إن كان مما يثبت**[٢] **بشاهد ويمين**) أي : والقاضي يرى ذلك .

وقيل : لا يلزمه ؛ لأن المدعي ربما لا يحلف معه ، أو يتغيّر اجتهاد القاضي .

قوله : (**وإلا . . فلا**) أي : وإن كان الحق مما لا يثبت إلا بشاهدين . . لم يلزمه؛ إذ لا فائدة فيه، **وقيل** : يلزمه ؛ ليدفع عن المدعي بعض تهمة الكذب.

---

(١) الشرح الكبير (١٣/ ٧٦) ، نهاية المطلب (١٨/ ٦٢٣) .

(٢) قول المتن : (مما يثبت) كذا في (أ) و(ب) ، و« تكملة كافي المحتاج » (ص : ٤٧٦) . وفي « المنهاج » وسائر الشروح المطبوعة : (فيما يثبت) .

وَقِيلَ : لاَ يَلْزَمُ الأَدَاءُ إِلاَّ مَنْ تَحَمَّلَ قَصْداً لاَ اتِّفَاقاً .

وَلِوُجُوبِ الأَدَاءِ شُرُوطٌ : أَنْ يُدْعَى مِنْ مَسَافَةِ الْعَدْوَى ، وَقِيلَ : دُونَ مَسَافَةِ قَصْرٍ . وَأَنْ يَكُونَ عَدْلاً ، فَلَوْ دُعِيَ ذُو فِسْقٍ مُجْمَعٍ عَلَيْهِ ، . . . . . .

قوله : (**وقيل : لا يلزم الأداء إلا من تحمل قصداً لا اتفاقاً**) أي : لأنه لم يلتزم .

والأصح : اللزوم ؛ لأنها أمانة حصلت عنده وإن لم يلتزمها ؛ كالثوب تطيّره الريح إلى داره ، ونحوه من الأمانات الشرعية .

قوله : (**ولوجوب الأداء شروط : أن يدعى من مسافة العدوى**) أي : فلو دعي إلى ما فوقها . . لم يجب ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَلَا يُضَآرَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ ﴾ [البقرة : ٢٨٢] .

ومقتضى قوله : (**يدعى**) : أنه لا يجب من غير دعاء ، وهو كذلك في غير شهادة الحسبة ، أما فيها . . **فالظاهر** : الوجوب ؛ مسارعة للنهي عن المنكر ، وهو على الفور ، لاسيما إذا تعلّق به عقد أو إثبات نسب وغير ذلك مما يعظم خطره ، قاله الزركشي[1] .

قوله : (**وقيل : دون مسافة قصر**) أي : لأنه في حكم الحاضر ، **والصحيح** : الأول ؛ للحاجة إلى الإثبات ، وتعذّره بالشهادة على الشهادة ؛ لأنها إنما تقبل بالمسافة المذكورة .

وأفهم : أنه لو دُعِي من مسافة القصر فأزيد . . لم يلزمه ؛ لكثرة المشقة .

قوله : (**وأن يكون عدلاً فلو دعي[2] ذو فسق مجمع عليه** ،

---

(١) تكملة كافي المحتاج (ص : ٤٨٠ـ ٤٨١) .

(٢) وفي « المنهاج » المطبوع : (فإن دعي) .

قِيلَ : أَوْ مُخْتَلَفٍ فِيهِ . . لَمْ يَجِبْ . وَأَلاَّ يَكُونَ مَعْذُوراً بِمَرَضٍ وَنَحْوِهِ ، فَإِنْ كَانَ . . أَشْهَدَ عَلَى شَهَادَتِهِ ، أَوْ بَعَثَ الْقَاضِي مَنْ يَسْمَعُهَا .

قيل : أو مختلف فيه . . لم يجب) أما المجمع عليه . . فإنه لا فائدة فيه ، بل في « الروضة » و« أصلها » : أنه يحرم عليه أن يشهد[١] ، وأما المختلف فيه ؛ فإن كان ظاهراً ؛ كشرب النبيذ . . **فقيل** : لا يلزمه الأداء عند من لا يجوزه ؛ لأن الظاهر استمرار القاضي على اجتهاده ، **وأصحهما** : اللزوم ؛ لأنه قد يتغير اجتهاده .

ولا فرق في المجمع عليه بين الظاهر والخفي .

ولو كان أحد الشاهدين عدلاً والآخر فاسقاً فسقاً مجمعاً عليه . . لم يلزم العدل الأداء إن كان الحق لا يثبت بشاهدٍ ويمين .

قوله : (وألا يكون معذوراً بمرض ونحوه ، فإن كان . . أشهد على شهادته ، أو بعث القاضي من يسمعها) أي : دفعاً للمشقة عنه .

والمراد بالمرض : ما يعجزه عن الحركة ؛ كما قاله الماوردي[٢] ، أو ما يُسْقط وجوب الجمعة وإن لم يمنع من الحضور ؛ كما قاله الإمام والغزالي[٣] .

والمراد بـ(نحوه) : التخدير للمرأة أو الطلب في حرٍّ وبرد شديدَيْن ، أو مطر موجود ، أو خوف من عقوبة تلحقه من سلطان جائر ، أو عدو قاهر ، أو فتنة عامة .

وصحّح من « زوائده » فيما لو دعي إلى قاض جائرٍ أو مُتعنّت لأداء الشهادة

---

(١) روضة الطالبين (٨/ ٢٤٥) ، الشرح الكبير (١٣/ ٧٧) .
(٢) الحاوي الكبير (٢١/ ٣١) .
(٣) نهاية المطلب (١٩/ ٤٨) ، الوسيط (٤/ ٣٤٦) .

فصل

تُقْبَلُ الشَّهَادَةُ عَلَى الشَّهَادَةِ فِي غَيْرِ عُقُوبَةٍ ، وَفِي عُقُوبَةٍ لآدَمِيٍّ عَلَى الْمَذْهَبِ ، . . . .

عنده ويخاف أن يردّ شهادته جوراً أو تعنّتاً ، أو عند أمير أو وزير وعلم وصول الحق به . . أنه يلزمه الإجابة(١) .

فرع : إن تطوَّع الشاهد بتحمّلِ الشهادة وأدائها . . فقد أحسن ، وإلا . . فالأصح عند الرافعي والمصنف : جواز أخذ الأجرة على التحمّل وإن تعيَّن ، ومنعه عند الأداء وإن لم يتعيَّن(٢) .

(فصل)

[في الشهادة على الشهادة]

(تقبل الشهادة على الشهادة في غير عقوبة) أي : سواء حق الله تعالى وحق الآدمي ؛ لعموم قوله تعالى : ﴿وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق : ٢] ولم يفرق بين الشهادة على أصل الحق والشهادة على الشاهد ؛ للحاجة إليه ؛ لأن الشاهد قد يموت أو يغيب ، وحكى ابن المنذر الإجماع في الأموال(٣) .

وما أطلقه ؛ من القبول جار على عمومه ، فإن شهود الفرع يجوز لهم الإشهاد على شهادتهم إذا دَعَتْ إليه ضرورة ؛ كما قاله الصيمري وغيره ، كما يجوز الضمان على الضمان .

ولا يجب الإشهاد على الشهادة كما أفهمه ، بل الواجب الأداء .

قوله : (وفي عقوبة لآدمي على المذهب) أي : كقصاصٍ وحد قذف .

---

(١) روضة الطالبين (٨/ ٢٤٦) .

(٢) الشرح الكبير (١٣/ ٨١ ـ ٨٢) ، روضة الطالبين (٨/ ٢٤٩) .

(٣) الإجماع (ص : ٤٨) مسألة (٢٧٣) .

وَتَحَمُّلُهَا بِأَنْ يَسْتَرْعِيَهُ فَيَقُولَ : أَنَا شَاهِدٌ بِكَذَا ، وَأُشْهِدُكَ ، أَوِ : اشْهَدْ عَلَى شَهَادَتِي ، أَوْ يَسْمَعَهُ يَشْهَدُ عِنْدَ قَاضٍ ، أَوْ يَقُولَ : أَشْهَدُ أَنَّ لِفُلاَنٍ عَلَى فُلاَنٍ أَلْفاً مِنْ ثَمَنِ مَبِيعٍ أَوْ غَيْرِهِ ، وَفِي هَذَا وَجْهٌ ، . . . .

والمذهب : المنع في حقوق الله تعالى(١) ؛ كما أفهمه .

والفرق : بناء حق الآدمي على المضايقة ؛ ولهذا لا تسقط بالرجوع ، بخلاف حدود الله تعالى .

ومراده بعقوبة الآدمي : إثباتها ، أما إذا شهدا على شهادة اثنين أن الحاكم حدَّ فلاناً . . قبلت بلا خلاف ؛ لأنه يسقط الحد عنه .

وقوله : (**على المذهب**) يعود إلى عقوبة الآدمي فقط .

قوله : (**وتحملها بأن يسترعيه فيقول : أنا شاهد بكذا وأُشْهدك ، أو : اشْهَدْ على شهادتي ، أو يسمعه يشهد عند قاض ، أو يقول : أشهد أن لفلان على فلان ألفاً من ثمن مبيع أو غيره ، وفي هذا وجه**) .

اعلم : أنه إنما يجوز تحمّل الشهادة على الشهادة إذا علم الفرع أن عند الأصل شهادة جازمة بحق ثابت .

ولمعرفته أسباب :

الأول : أن يأذن الأصل للفرع في الشهادة على شهادته ؛ كقوله : إني شاهد بكذا وأشهدك على شهادتي ، أو : أَشهْدتُك ، أو : اِشْهَد على شهادتي بكذا .

وقيل : لا بد معه أن يقول : وأشهدك على شهادتي وعن شهادتي ، **والأصح** : المنع ، لكنه أكمل ، فـ(أشهدك على شهادتي) تحميلٌ و(أشهدك

---

(١) وفي (ب) : (في حدد الله تعالى) كذا ، ولعل صوابه : (حدود الله) .

وَلاَ يَكْفِي سَمَاعُ قَوْلِهِ : لِفَلاَنٍ عَلَى فُلاَنٍ كَذَا ، أو : أَشْهَدُ بِكَذَا ، أَوْ : عِنْدِي شَهَادَةٌ بِكَذَا .

عنها) إذنٌ في الأداء .

ولا بد من تعرّض الأصل للفظ الشهادة **في الأصح** ، فلو قال : أعلم ، أو : أخبر ، أو : أستيقن . . لم يكف ؛ كما لو ذكره عند القاضي . . فإنه لا يحكم به .

الثاني : أن يسمعه يشهد عند قاض أن لفلان على فلان كذا ، فتجوز الشهادة له وإن لم يسترعه **على الصحيح** ؛ لأنه لا يقيمها عند القاضي إلا بعد تحقُّقها .

الثالث : أن يبيّن الأصل سبب وجوب الحق ؛ كقوله : أشهد أن لفلان على فلانٍ ألفاً من ثمن مبيع أو قرض أو أرش جناية وغيرها ، فله أن يشهد **على الأصح** وإن لم يسترعه ؛ لانتفاء احتمال الوعد والتساهل مع الإسناد إلى السبب .

ويَرِدُ عليه : ما إذا سمعه يسترعي شاهداً للتحمل . . فإن له أن يشهد وإن لم يسترعه ؛ كما قاله القاضي وابن الصباغ والشاشي وصاحب « البحر »[١] .

وقوله : **(وفي هذا وجه) يقتضي** : أنه لا خلاف فيما قبله ، وليس كذلك ؛ كما سبق[٢] .

فائدة : **معنى الاسترعاء** : التماس رعاية الشهادة وحفظها .

قوله : **(ولا يكفي سماع قوله : لفلان على فلان كذا ، أو أشهد بكذا ، أو عندي شهادة بكذا)** أي : لا يجوز أن يشهد على شهادته إذا قال ذلك لا على

---

(١) بحر المذهب (١٤/٣٣٧) .
(٢) أي : آنفاً في بيان أسباب معرفة الشهادة .

وَلْيُبَيِّنِ الْفَرْعُ عِنْدَ الأَدَاءِ جِهَةَ التَّحَمُّلِ ، فَإِنْ لَمْ يُبَيِّنْ وَوَثِقَ الْقَاضِي بِعِلْمِهِ . . فَلاَ بَأْسَ ، . . . .

صورة أداء الشهادة بلا خلاف ؛ كما قاله القاضي وغيره ؛ لاحتمال أن يريد أن له عليه ذلك من جهة وعدٍ وعَدَه إيَّاه ؛ لأنه قد يوصف الوعدُ بالوجوب مجازاً ، فإنه من مكارم الأخلاق ، كذا علَّله الشافعي(١) .

قوله : (وليبين الفرع عند الأداء جهة التحمل) أي : فإن استرعاه الأصل . . قال : أشهد أن فلاناً شهد أن لفلان على فلان كذا وأشهد على شهادته ، اقتصر على هذا في « الروضة » و« أصلها »(٢) .

وزاد الزركشي : وأذن لي في أن أشهد إذا استشهدتُ وأنا أشهد على شهادته .

وإن لم يسترعه . . بيَّن أنه شهد عند القاضي ، أو أنه أسند المشهود به إلى سببه ؛ لأن الغالب على الناس الجهل بطريق التحمل(٣) .

قال في « التحرير » : **كلام « التنبيه » يفهم** : أن ذلك على طريق اللزوم ، وليس كذلك ، **وإن عبارة « المنهاج » تقتضي** : عدمه لقوله(٤) :

(فإن لم يبين ووثق القاضي بعلمه . . فلا بأس) وهذا التفصيل ذكره الإمام(٥) ، وفي « البسيط » : لو كان فقيهاً وترك التفصيل وكلّفه القاضي الإتيان به . . لم يلزمه .

قال الزركشي : **والذي يقتضيه كلام الجمهور** : أنه لا بد من التصريح

---

(١) الأم (٨/ ١٢٤ـ١٢٦) .

(٢) روضة الطالبين (٨/ ٢٦٣) ، الشرح الكبير (١٣/ ١١٤) .

(٣) تكملة كافي المحتاج (ص : ٥١٤) .

(٤) تحرير الفتاوي (٣/ ٧٠٥) .

(٥) نهاية المطلب (١٩/ ٤٠) .

وَلاَ يَصِحُّ التَّحَمُّلُ عَلَى شَهَادَةِ مَرْدُودِ الشَّهَادَةِ ، وَلاَ تَحَمُّلُ النِّسْوَةُ ، فَإِنْ مَاتَ الأَصْلُ أَوْ غَابَ أَوْ مَرِضَ . . لَمْ يَمْنَعْ شَهَادَةَ الْفَرْعِ ، وَإِنْ حَدَثَ رِدَّةٌ أَوْ فِسْقٌ أَوْ عَدَاوَةٌ . . مَنَعَتْ ، . . . .

بكيفية التحمل مطلقاً ، قال في « المطلب » : وهو ظاهر كلام الماوردي والعراقيين[١] .

قوله : (ولا يصح التحمل على شهادة مردود الشهادة) أي : برق أو صِبا ونحوه ؛ لأنهم غير مقبولي الشهادة .

قوله : (ولا تحمل النسوة) أي : لا تقبل شهادة النساء على شهادة غيرهن وإن كانت الأصول أو بعضهم نساء وكانت الشهادة في ولادة أو رضاع أو مال ؛ لأن شهادة الفرع تُثْبتُ شهادة الأصل ، لا ما يشهد به الأصل ، ونفس الشهادة ليست بمالٍ ويطلع عليها الرجال ، وحكى ابن كج وجهاً في الولادة ، **وهو شاذّ** .

قوله : (فإن مات الأصل أو غاب أو مرض . . لم يمنع شهادة الفرع) لأن ذلك ليس بنقصٍ ، بل قال الشعبي : لا تقبل شهادة الفرع إلا عند موت الأصل .

والمراد بالمرض : ما يجوز ترك الجمعة ، لا ما يمنع الحضور ، قاله الإمام[٢] .

قوله : (وإن حدث) أي : بالأصل (ردة أو فسق أو عداوة . . منعت) أي : شهادة الفرع ؛ لأنها لا تَهْجُم دفعةً ، بل الفسق يورث الريبة فيما

---

(١) تكملة كافي المحتاج (ص : ٥١٦) . وراجع « الحاوي الكبير » (٢١/١٤٧) وما بعدها .
(٢) نهاية المطلب (١٩/٤٨) .

وَجُنُونُهُ كَمَوْتِهِ عَلَى الصَّحِيحِ .

وَلَوْ تَحَمَّلَ فَرْعٌ فَاسِقٌ أَوْ عَبْدٌ فَأَدَّى وَهُوَ كَامِلٌ . . قُبِلَتْ ، . . . .

تقدم[١] ، والردة تشعر بخبث العقيدة ، والعداوة بضغائن كانت مستكنّة ، وليس لمدة ذلك ضبط فينعطف إلى حالة التحمل ، فلو زالت . . **فالأصح** : أنه يشترط تحمُّلٌ جديدٌ .

وإطلاق الحدوث يشمل : حدوثه قبل شهادة الفرع أو بعدها ، وقبل الحكم به ، ولا أثر لحدوثه بعده .

قوله : (وجنونه) أي : الأصل (**كموته على الصحيح**) لأنه لا يوقع ريبةً[٢] في الماضي ، **والثاني** : يمنع كالفسق .

والمراد : الجنون المطبق ، لا المتقطع ، **ويخرج به** : الإغماء ، وهو مع الغيبة لا يؤثر ، فإن كان حاضراً . . قال الإمام : ينتظر زواله لقربه[٣] ، وجزم به في « الشرح الصغير » .

والخرس كالجنون ، قاله الهروي وشريح الروياني والدارمي وغيرهم .

قوله : (**ولو تحمل فرع فاسق أو عبد ، فأدى وهو كامل . . قبلت**) أي : **على الصحيح** ؛ كالأصل إذا تحمّل وهو ناقص ، ثم أَدَّى بعد كماله ، **وقيل** : تعتبر العدالة عند التحمّل ؛ لأنها أمانة .

وذكر الفسق والرق مثال ، فالصِّبا والكفر كذلك .

---

(١) أي : فيما مَضَى إلى التحمل . تحفة المحتاج (١٠/ ٥٢٠) .

(٢) وفي (أ) : (لا يوقع في ريبة) .

(٣) نهاية المطلب (١٩/ ٤٣) .

وَتَكْفِي شَهَادَةُ اثْنَيْنِ عَلَى الشَّاهِدَيْنِ ، وَفِي قَوْلٍ : يُشْتَرَطُ لِكُلِّ رَجُلٍ أَوِ امْرَأَةٍ اثْنَانِ ، وَشَرْطُ قَبُولِهَا : تَعَذُّرُ أَوْ تَعَسُّرُ الأَصِيلِ بِمَوْتٍ أَوْ عَمًى ، أَوْ مَرَضٍ يَشُقُّ حُضُورُهُ ، أَوْ غَيْبَةٍ . . . .

قوله : (وتكفي شهادة اثنين على الشاهدين ، وفي قول : يشترط لكل رجل أو امرأة اثنان) .

اعلم : أنه إذا شهد اثنان على شهادة أصل ، وآخران على شهادة الثاني . . فلا كلام ، ولو شهد فرع على أصل وآخر على شهادة الثاني . . لم يكف قطعاً .

ولو شهد اثنان على شهادة الأصلين معاً ـ وهي مسألة الكتاب ـ . . **فالأظهر** : الجواز ؛ لأنهما يشهدان على شهادة الأصلين فصارا كما لو شهدا على إقرار رجلين .

والثاني : يشترط لكل واحدٍ اثنان ؛ لأنهما إذا شهدا على شهادة أحد الأصلين . . كانا كشاهدٍ واحدٍ قام بشهادة أحد الشطرين ، فلا يثبت بها الشطر الثاني .

قوله : (وشرط قبولها : تعذر أو تعسر الأصيل بموت أو عمى ، أو مرض يشق حضوره ، أو غيبة) لأن احتمال الخطأ يكثر في شهادة الفرع ؛ لكثرة الوسائط ، فوجب ألاّ تقبل شهادة الفرع مع إمكان الأصل .

وقيل : تقبل كالرواية .

والصحيح : الأول ؛ لأن باب الرواية واسع ، والشهادة على الشهادة جوِّزت ؛ للضرورة .

والموت والعَمى مثالان للتعذر ، والمرض والغيبة مثالان للتعسُّر ، وقيَّد المرض بما يشق معه الحضور مشقة ظاهرة ؛ أي : لا يشترط ألاّ يمكنه الحضور .

لِمَسَافَةِ عَدْوَى ، وَقِيلَ : قَصْرٍ ، . . . .

والجنون المطبق في حكم الموت ، وكذا الخرس الذي لا إفهام معه ، والمحبوس كالمريض ، وكذا من لا يمكنه الظهور ؛ خوفاً من سلطان ؛ كما أفتى به البغوي[١] .

والمخدّرة تسمع الشهادة على شهادتها ، حكاه الشيخ أبو علي ، قال ابن أبي الدم : وهو مفرّع على المذهب في أنها لا تحضر مجلس الحكم للدعوى عليها .

فلو قال : (كموت) بالكاف . . لكان أولى[٢] .

وعلم من كلامه : أن حضور الأصل بعد شهادة الفرع وقبل الحكم يمنع من ترتُّب الحكم عليها ، **وهو المذهب** ، ومثله بُرْؤه من المرض ، والإبصار بعد العمى ، والإفاقة من الجنون .

قوله : (لمسافة عدوى ، وقيل : قصر) .

اعلم : أن الغيبة إن كانت لمسافة القصر فما فوقها . . سمعت شهادة الفرع قطعاً ؛ دفعاً للمشقة ، وإن كانت لمسافة العدوى . . لا تسمع قطعاً ؛ كما قاله في « الذخائر » .

فإن كانت دون مسافة القصر وفوق مسافة العدوى ؛ كما إذا أدركه الليل قبل عوده لمنزله . . **فالأصح** : أنها تسمع ؛ لأن الأصل لو طلب منها . . لا يجب الحضور .

---

(١) فتاوى البغوي (ص : ٤٢٢) .
(٢) أي : لأن الجنون المطبق في حكم الموت . راجع « تكملة كافي المحتاج » (ص : ٥٣٢) .

وَأَنْ يُسَمِّيَ الأُصُولَ ، وَلاَ يُشْتَرَطُ أَنْ يُزَكِّيَهُمُ الْفُرُوعُ ، فَإِنْ زَكَّوْهُمْ . . قُبِلَ ، وَلَوْ شَهِدُوا عَلَى شَهَادَةِ عَدْلَيْنِ أَوْ عُدُولٍ وَلَمْ يُسَمُّوهُمْ . . لَمْ يَجُزْ .

فقوله : (لمسافة عدوى) سبق قلم[١] .

قوله : (وأن يسمي الأصول) أي : يسمي كل أصل فرعه[٢] تسمية يحصل بها تعريفهم لتعرف عدالتهم ، ويتمكن الخصم من الجرح إن عرفه ، فلا يكفي قول الفرع : أشهدني عدلان ؛ لأن القاضي قد يعرف جرحهم .

قوله : (ولا يشترط أن يزكيهم الفروع) أي : **على الأصح** ، بل القاضي يبحث عن عدالتهم .

وقيل : يشترط ؛ لأن عدم تزكيتهم يورث ريبةً ، وزيَّفُوه ؛ لأن المرجع في التعديل للقاضي[٣] .

(فإن زكوهم . . قبل) أي : على المذهب ، إذا كانوا من أهل التعديل ؛ لأنهم غير متهمين في تعديلهم ، والمعروف فيما لو شهد اثنان في واقعةٍ ، وزكَّى أحدهما الآخر . . أنه لا تثبت عدالة الثاني ، فمنهم من جعلهما على وجهين بالتخريج .

قوله : (ولو شهدوا على شهادة عدلين أو عدول ولم يسموهم . . لم يجز) لأنه قد يكون عدلاً عند الفرع وفاسقاً عند غيره فيصير مجهول الحال عند الحاكم ، وقد سبق اشتراط تسميتهم ، لكن هذه فيها زيادة تعديل بغير تسمية ، فهي أخص مما تقدم[٤] .

---

(١) والصواب : فوق مسافة العدوي . النجم الوهاج (١٠/ ٣٧٤) وكذا . صوَّبوه في سائر الشروح .

(٢) قوله : (كل أصل فرعه) كذا في (أ) و(ب) ، وفيه انقلابٌ ، والصواب : (كل فرع أصله) كما في « تحرير الفتاوي » (٣/ ٧٠٧) . وراجع سائر الشروح .

(٣) لا للشهود . تكملة كافي المحتاج (ص : ٥٤٠) .

(٤) أي : في المتن آنفاً .

فصل

رَجَعُوا عَنِ الشَّهَادَةِ قَبْلَ الْحُكْمِ . . امْتَنَعَ ، أَوْ بَعْدَهُ وَقَبْلَ اسْتِيفَاءِ مَالٍ . . اسْتُوْفِيَ ، أَوْ عُقُوبَةٍ . . فَلاَ ، أَوْ بَعْدَهُ . . لَمْ يُنْقَضْ ، . . . .

(فصل)

[في الرجوع عن الشهادة]

(رجعوا عن الشهادة قبل الحكم . . امتنع ، أو بعده وقبل استيفاء مال . . استوفي ، أو عقوبة . . فلا ، أو بعده . . لم ينقض) .

للرجوع أحوال :

الأولى : أن يكون قبل الحكم بشهادتهم فيمتنع ؛ لأنه لا يدري أنهم صدقوا في الأول أو في الآخر ، فكذبُهم ثابت لا محالة سواء اعترفوا بالعمد أو الغلط ، وهم في العمد فسقة ، فإن كان في الزنا . . فقذفةٌ يحَدُّون ، وكذا إن ادَّعَوْا الغلط **على الأصح** ؛ لما فيه من التعيير وكان حقّهم التثبت ، وعلى هذا ترّد شهادتهم .

الثانية : أن يكون بعد الحكم وقبل الاستيفاء ؛ فإن كانت الشهادة في مال . . استوفي **على الأصح** ؛ لأن القضاء قديم ، وليس هو مما يسقط بالشبهة ، وإن كانت في عقوبة . . **فالأصح** : المنع ؛ لسقوطها بالشبهة سواء أكانت لله أم للآدمي .

الثالثة : أن يكون بعد استيفاء المحكوم به ، فلا ينقض الحكم .

والمراد بالرجوع : التصريح به ، فلو قالوا بعد الأداء : توقَّف في القضاء ، ثم قالوا بعده : اقْض فنحن على شهادتنا . . جاز **في الأصح** .

فَإِنْ كَانَ الْمُسْتَوْفَى قِصَاصاً أَوْ قَتْلَ رِدَّةٍ أَوْ رَجْمَ زِناً أَوْ جِلْدَهُ وَمَاتَ وَقَالُوا : تَعَمَّدْنَا . فَعَلَيْهِمْ قِصَاصٌ أَوْ دِيَةٌ مُغَلَّظَةٌ ، . . . .

قوله : (**فإن كان المستوفى قصاصاً**) أي : عن نفس أو طرف (**أو قتل ردة أو رجم زنا أو جلده ومات**) أي : من الجلد ثم رجعوا (**وقالوا : تعمدنا** . . **فعليهم قصاص أو دية مغلظة**) أي : على عدد رؤوسهم ؛ لتسبُّبِهم إلى إهلاكه .

وما ذكره من القصاص مفرّع على وجوب القصاص على المكرِه ، **وهو الأظهر** ؛ لأن الشهود كأنهم بشهادتهم أكْرَهوا القاضي على الحكم .

وما ذكره من إيجاب الدية . . فهو عليهم لا على عاقلتهم ؛ لثبوتها باعترافهم ، وهو لا يسقط[(١)] بالشبهة فكانت كالإقرار المجرد بالمال .

واحترز بقوله : (**تَعمَّدَنا**) : عما لو قالوا : أخطَأْنا . . فلا قصاص ، والدية مخففة **على الصحيح** ، وهي في مالهم ؛ لأن إقرارهم لا يلزم العاقلة .

ووجوب القصاص هو فيما إذا قالوا : تعمّدْنا وعلمْنا أنه يُقْتَل بقولنا ، أو قالوا : تعمّدْنا ولم نعلم أنه يقْتَل ، وكانوا ممن لا يخفى عليه ذلك .

أما إذا جاز خفاؤه عليهم ؛ لقرب عهدهم بالإسلام . . فهو شبه عمد ، وتجب الدية في مالهم مؤجلة **على الصحيح** ، إلا أن يصدّقهم العاقلة . . فتجب عليها .

ومقتضى عبارته : أنه لا بد أن يقول كل واحدٍ : تعمّدْتُ وتعمَّدَ صاحبي ، وليس كذلك ، بل لو قال كل واحدٍ منهما : تعمَّدْتُ ولم أعلم حال صاحبي ، أو اقتصر على قوله : تعمَّدْت . . لزمهما القصاص أيضاً ؛ كما حكاه في « أصل

---

(١) كذا في (أ) و(ب) . وفي « تكملة كافي المحتاج » (ص : ٥٥٣) : (وهي لا تسقط) .

. . . .

الروضة » عن البغوي وغيره[١] .

ولو قال أحدهما : تعمدت أنا وصاحبي ، وقال الآخر : أخطأت ، أو : أخطأنا . . فلا قصاص على الثاني ، ويلزم الأول القصاص **على الأصح** .

ولو قال أحدهما : تعمدت وتعمّد صاحبي ، وقال صاحبه : تعمدت وأخطأ هو . . وجب القصاص على الأول ، ولا يجب على الثاني **على الصحيح** ؛ لأنه لم يعترف إلاّ بشركة مخطىء .

ولو رجع أحدهما وأصر الآخر وقال الراجع : تعمدنا . . لزمه القصاص ، وإن اقتصر على قوله : تعمدت . . فلا ، كذا في « أصل الروضة »[٢] .

وتعقَّبه البلقيني في هذه الأخيرة ؛ لأن إصرار صاحبه يقتضي أنه تعمد ، فهو قاصد لقتله بحق ، فكان كشريك القاتل قصاصاً أو القاطع حداً ، وذلك مقتضٍ لإيجاب القصاص على الذي قال : تعمدت . انتهى

وعبارته تقتضي : أن شهود الزنا حدهم القصاص خاصة ، وليس كذلك ، بل يحدون أولاً ثم يقتلون ، وأصح احتمالي العبادي : أنهم يقتلون بالرجم .

والضمير في قوله : (**جلده**) عائد إلى الزنا ، ولو حذفه . . كان أحسن ؛ ليشمل القذف والشرب .

قال الزركشي : صرح القاضي حسين والبغوي بأنه لا فرق في الجلد بين أن

---

(١) روضة الطالبين (٨/ ٢٧١) ، التهذيب (٧/ ٣٤٢) .

(٢) روضة الطالبين (٨/ ٢٧١) ، وفي المطبوع منه : (وقال الراجع : تعمّدْت) ، وفي الشرح الكبير (١٣/ ١٢٧) ، و« تحرير الفتاوي » (٣/ ٧٠٨) كما هنا : (. . . تعمدنا) .

وَعَلَى الْقَاضِي قِصَاصٌ إِنْ قَالَ : تَعَمَّدْتُ ، وَإِنْ رَجَعَ هُوَ وَهُمْ . . فَعَلَى الْجَمِيعِ قِصَاصٌ إِنْ قَالُوا : تَعَمَّدْنَا ، فَإِنْ قَالُوا : أَخْطَأْنَا . . فَعَلَيْهِ نِصْفُ دِيَةٍ وَعَلَيْهِمْ نِصْفٌ ، وَلَوْ رَجَعَ مُزَكٍّ . . فَالأَصَحُّ : أَنَّهُ يَضْمَنُ ، . . . .

يكون استيفاؤه موجباً للموت أو مقتضياً له ، واستشكله في « المطلب » وذكر توجيهه[١] .

وقال البلقيني : لا يأتي في الجلد ما ذكر من الحكم ، فإن جلد الحد لا يقتل غالباً ، فلا قصاص ، ولا تغلظ الدية تغليظ العمد المحض ، فإن خرج الجلد عن الحد حتى صار يقتل غالباً . . فقد خرج عن المقصود ، وقال : لم يذكر ما إذا لم يمت من الجلد ، وحكمه أنهم يعزَّرُون ، وإن حصل أثر يقتضي الحكومة . . وجبت ، وفي نص « المختصر » : ما يقتضيه حيث قال : (وما لم يكن من ذلك فيه قصاص . . أَغْرموه وعزّرُوا)[٢] .

قوله : (وعلى القاضي قصاص إن قال : تعمدت) أي : أو الدية بكمالها إذا رجع وحده دون الشهود ؛ لاعترافه بالعمدية وعدم الإلجاء (وإن رجع هو وهم) أي : القاضي والشهود (. . فعلى الجميع قصاص إن قالوا : تعمدنا) أي : أو الدية المغلظة ؛ لاستناد الجناية إلى الجميع (فإن قالوا : أخطأنا . . فعليه نصف دية وعليهم نصف) توزيعاً على المباشرة والسبب ، كذا جزم به الرافعي[٣] .

قوله : (ولو رجع مزك . . فالأصح : أنه يضمن) أي : بالقصاص أو

---

(١) تكملة كافي المحتاج (ص : ٥٥٦) ، **وتوجيهه** : أن غاية السبب أن يلحق بالمباشرة ، ومباشرة ذلك لا توجب القصاص إذا كان مثل ذلك الشخص يحتمله ، فإن الجلد على النعت المعتبر في إقامة الحدود لا يقتل غالباً ، وهي شبه العمد ، وهو لا يوجب القصاص .

(٢) مختصر المزني (ص : ٤١٩) .

(٣) المحرر (٣/ ١٧٠١ـ ١٧٠٢) ، الشرح الكبير (١٣/ ١٢٥) .

أَوْ وَلِيٌّ وَحْدَهُ . . فَعَلَيْهِ قِصَاصٌ أَوْ دِيَةٌ ، أَوْ مَعَ الشُّهُودِ . . فَكَذَلِكَ .

وَلَوْ شَهِدَا بِطَلَاقٍ بَائِنٍ أَوْ رَضَاعٍ أَوْ لِعَانٍ ، وَفَرَّقَ الْقَاضِي فَرَجَعَا . . دَامَ الْفِرَاقُ ، . . . .

الدية ؛ لأن التزكية تُلْجِىء القاضي إلى الحكم كالشاهد .

والثاني : المنع ؛ لأنه لم يتعرض للمشهود به ، وإنما أَثنى على الشاهد ، والحكم إنما يقع بشهادة الشاهد ، فكان كالممسك مع القاتل .

وصورة المسألة : أن يكون عالماً بشهادة الشهود بالقتل .

قوله : (**أو ولي وحده . . فعليه قصاص أو دية**) أي : بكمالها (**أو مع الشهود . . فكذلك**[١]) صرّح في « الروضة » بتصحيحه من « زياداته »[٢] ؛ لأنه المباشر ، وهم معه كالممسك مع القاتل .

والثاني : عليه القود أو الدية مناصفة ؛ نصفها عليه ونصفها عليهم ، ورجّحه ابن الرفعة ، وقال : **إنه المذهب** ؛ كما ذكره القاضي حسين والمتولي وصاحب « الكافي » .

ولو رجع القاضي معهم . . فالدية مثلثة : ثلثها على القاضي ، وثلث على الولي ، وثلث على الشهود .

قوله : (**ولو شهدا بطلاق بائن أو رضاع أو لعان ، وفرق القاضي فرجعا . . دام الفراق**) عبارة « الروضة » : (لم يرتفع الفراق)[٣] لأن قولهما في الرجوع محتمل ، فلا يرد القضاء بقول محتمل ، لكن عليهما الغرم سواء كان قبل

---

(١) هنا سقط في المتن في (أ) و(ب) ، وهو : (وقيل : هو وهُمْ شركاء) وهو موجود في « المنهاج » وسائر الشروح المطبوعة .

(٢) روضة الطالبين (٨/ ٢٦٩) .

(٣) روضة الطالبين (١/ ٢٧١ـ ٢٧٢) .

وَعَلَيْهِمْ مَهْرُ مِثْلٍ ، وَفِي قَوْلٍ : نِصْفُهُ إِنْ كَانَ قَبْلَ وَطْءٍ .

الدخول أو بعده ؛ لأنهما فوَّتا عليه ما يتقوم ، فيغرمان ؛ كما لو شهدا بعتق عبدٍ ثُمَّ رجَعا .

وشمل إطلاقه البائن : ما لو كان بالعوض ، وهو ما جزم الرافعي وفاقاً للبغوي ، ثم حكى عنه وعن ابن الحداد فيما لو شهدا أنه طلَّق على ألف ومهرها ألفان : أنهم يغرمون ألفاً ؛ لأنه أخذ ألفاً من المرأة[١] .

ورجّح البلقيني في هذه غرم تكملة مهر المثل .

قوله : (وعليهم مهر مثل) أي : إذا كان بعد الدخول ؛ لأنه قيمة ما فوَّتَاه ، **وفي قول** : المسمى ؛ لأنه الذي فات على الزوج متقوماً ، والبضع ليس بمتقوم في الحقيقة .

قوله : (وفي قول : نصفه إن كان قبل وطء) أشار إلى أن **الأظهر** : وجوب مهر المثل أيضاً فيما قبل الدخول ؛ لأنه بدل ما أتلفوه ، والنظر في الإتلاف إلى المتلف لا إلى ما قام به على المستحق ؛ ولهذا لو أبرأته عن الصداق وشهدا بالطلاق ورجعا . . غرما وإن لم يَفُت على الزوج شيء .

والثاني : نصفه ؛ لأن النصف الآخر عاد إليه سالماً فصار ؛ كما لو شهدا على المشتري بالإقالة وحكم به ثُم رجعا . . لا يغرمان شيئاً ؛ لأنهما وإن فوَّتا عليه السلعة . . ردَّ إليه الثمن .

والمذهب : وجوب النصف في الرضاع .

وتقييده بالبائن يقتضي : أن الرجعي لا غرم فيه ، وهو كذلك إذا راجعها ، فإن لم يراجع حتى انقضت العدة . . الْتَحَقَ بالبائن ووجب الغرم **على الصحيح** .

---

(١) الشرح الكبير (١٢٩/٣٢ ، ١٣٢) ، التهذيب (٨/ ٣٠١ـ٣٠٢) .

وَلَوْ شَهِدَا بِطَلَاقٍ وَفَرَّقَ وَرَجَعَا فَقَامَتْ بَيِّنَةٌ أَنَّهُ كَانَ بَيْنَهُمَا رَضَاعٌ. . فَلَا غُرْمَ ، وَلَوْ رَجَعَ شُهُودُ مَالٍ . . غَرِمُوا فِي الْأَظْهَرِ ، . . . .

وقيل : لا ؛ لتقصيره بترك الرجعة ، ورجَّحه البلقيني وقيَّد الترك بالاختيار .

قوله : (**ولو شهدا بطلاق وفرق**) القاضي بينهما (**ورجعا فقامت بينة أنه كان بينهما رضاع . . فلا غرم**) أي : لأنهما لم يفوّتا عليه شيئاً ، ولو غرما قبل قيام البينة . . استردا المغروم .

ونبّه بقوله : (**وفرّق**) عما[1] إذا أتفق ذلك قبل قضاء القاضي . . فلا غرم من باب أولى .

وإطلاق قوله : (**فلا غرم**) **يفهم** : أن الزوج لو غرم لها المهر . . استرده ، وبه صرح أبو الطيب في « شرح الفروع » .

قوله : (**ولو رجع شهود مال . . غرموا في الأظهر**) .

اعلم : أنه إذا شهد الشهود لإنسان بمال ثم رجعوا بعد دفع المال إليه . . لا ينقض الحكم ولا يرد المال إلى المدعى عليه ؛ لاحتمال أنهم كاذبون في الرجوع .

وقيل : ينقض الحكم ، ويرد المال إلى المحكوم عليه ، **والمذهب الأول** .

وفي غرم الشهود للمحكوم عليه قولان ؛ **أظهرهما** : نعم ؛ لحصول الحيلولة بشهادتهم ، **والثاني** : المنع ؛ لأن الضمان باليد أو الإتلاف ولم يوجدا منهما وإن أتوا بما يقتضي الفوات ؛ كمن حبس المالكَ عن ماشيته حتى

---

(١) كذا في (أ) و(ب) ، واللائق : (على ما) .

وَمَتَى رَجَعُوا كُلُّهُمْ. . وُزِّعَ عَلَيْهِمُ الْغُرْمُ ، أَوْ بَعْضُهُمْ وَبَقِيَ نِصَابٌ. . فَلاَ غُرْمَ ، وَقِيلَ : يَغْرَمُ قِسْطَهُ .

ماتت أو ضاعت ، وقطع به الماوردي وحكاه عن أكثر الأصحاب[١] .

وأفهم إطلاقه : أنه لا فرق بين أن يقولُوا : تعمدنا ، أو : أخطأنا ، وهو كذلك ؛ لأن ضمان المال لا يختلف بذلك .

واقتضى إطلاقه : أنه لا فرق بين الدين والعين ، وحكاه في « البحر » عن الأصحاب[٢] .

وفي وقت اعتبار القيمة وجهان في « الحاوي » و« البحر » **أحدهما** : وقت الحكم ، **والثاني** : أكثر ما كانت من وقت الحكم إلى وقت الرجوع[٣] .

قال الزركشي : وهذا في المتقوم ، أما المثلي. . فالظاهر : أنه يضمن بمثله ؛ ولهذا ألحقوه بضمان المتلفات[٤] .

قوله : (ومتى رجعوا كلهم. . وزع عليهم الغرم) أي : بالسوية سواء رجعوا معاً أو مرتباً ، وسواء كانوا العدد المعتبر أو زادوا عليه بأن شهد في الزنا خمسة ، وفي القتل ثلاثة .

قوله : (أو بعضهم وبقي نصاب. . فلا غرم) أي : **على الأصح** ، كما لو رجع من الثلاثة في القتل ، أو من الخمسة في الزنا واحد ؛ لبقاء من تقوم به الحجة ، فكأَنَّ الراجع لم يشهد .

(وقيل : يغرم قسطه) لأن الحكم وقع بشهادة الجميع ، وكل منهم قد

---

(١) الحاوي الكبير (٢١/ ١٨٤) .

(٢) وفرّقَ بينهما « الحاوي الكبير » (٢١/ ١٨٤) فراجعه .

(٣) الحاوي الكبير (٢١/ ١٨٤) ، بحر المذهب (١٤/ ٣٧٤) .

(٤) تكملة كافي المحتاج (ص : ٥٨٤) .

وَإِنْ نَقَصَ النِّصَابُ وَلَمْ يَزِدِ الشُّهُودُ عَلَيْهِ . . فَقِسْطٌ ، وَإِنْ زَادَ . . فَقِسْطٌ مِنَ النِّصَابِ ، وَقِيلَ : مِنَ الْعَدَدِ ، . . . .

فوَّت قسطاً فيغرم ما فوَّت .

وحكاية الخلاف وجهين هو الذي رجّحه الرافعي[١] ، لكن الأول نقله الربيع والمزني ؛ كما قاله البغوي[٢] ، ونقله القاضي أبو الطيب وابن الصباغ عن البويطي[٣] ، والثاني نقله القاضي حسين والفوراني والإمام عن نص البويطي[٤] ، وجعلوا الخلاف قولين .

ونقل الرافعي عن البغوي : أن القصاص لا يجب قطعاً ، قال : لكن في « الفروق » عن القفال : وجوبه في شهود القتل إن اعترف بالتعمد[٥] قال في « المطلب » : والذي في « تعليق القاضي حسين » : أنه احتمال للقفال لا الجزم به .

قوله : (وإن نقص النصاب ولم يزد الشهود عليه . . فقسط) أي : كما إذا شهد في الزنا أربعة ، وفي القتل اثنان فرجع واحد ؛ لأن ما لزم بالمجموع . . يوزّع عند الانفراد .

قوله : (وإن زاد . . فقسط من النصاب ، وقيل : من العدد) أي : كما لو رجع من الخمسة في الزنا أو الثلاثة في غيره اثنان .

---

(١) الشرح الكبير (١٣/ ١٣٤) .

(٢) أي : في « تعليقه » كما في « تكملة كافي المحتاج » (ص : ٥٨٦) ، وراجع « التهذيب » (٧/ ٣٤٣) ، و« الأم » (٨/ ١٣٢ـ ١٣٤) ، (٨/ ٢٨٦) .

(٣) مختصر البويطي (ص : ١٠٠١) .

(٤) نهاية المطلب (١٩/ ٦١) .

(٥) الشرح الكبير (١٣/ ١٣٤) ، التهذيب (٧/ ٢٤٤) ، الفروق لأبي محمد الجويني (٣/ ٦٤٤) .

وَإِنْ شَهِدَ رَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ . . فَعَلَيْهِ نِصْفٌ وَعَلَيْهِمَا نِصْفٌ ، أَوْ وَأَرْبَعٌ فِي رَضَاعٍ . . فَعَلَيْهِ ثُلُثٌ وَهُنَّ ثُلُثَانِ ، فَإِنْ رَجَعَ هُوَ أَوْ ثِنْتَانِ . . فَلاَ غُرْمَ فِي الأَصَحِّ ، . . . .

وبنى الرافعي الخلاف فيه على الوجهين فيما لو رجع بعضهم وبقي نصاب[1] ؛ فإن قلنا **بالأصح** : لا غرم هناك . . وزّع الغرم هنا على العدد المعتبر وهو النصاب ، وحصة من نقص من العدد المعتبر يوزّع على من رجع بالسوية ، وهو المراد بقوله : (فقسط من النصاب) ، وإن قلنا بالغرم هناك . . وزّع هنا على جميع الشهود ، وهو المراد بقوله : (**وقيل** : من العدد) فعلى الاثنين الراجعين من الثلاثة نصف الغرم على الأول ؛ لبقاء نصف الحجة ، وعلى الثاني ثلثاه .

قوله : (**وإن شهد رجل وامرأتان . . فعليه نصف وعليهما نصف**[2] ، **أو وأربع في رضاع . . فعليه ثلث وهن ثلثان**) ما سبق فيما إذا كان جميع الشهود ذكوراً أو إناثاً ، فإن اجتمعوا . . نظر إن لم يزيدوا على أقلّ ما يكفي ؛ كرجل وامرأتين ؛ فإذا رجعوا . . فعلى الرجل نصف الغرم وهما نصف على كل واحدة الربع ؛ لأن الرجل قام بنصف البينة ، وإن زادوا على الأقل ؛ فإن كان المشهود به يثبت بمحض النساء ؛ كالرضاع يشهد به رجل وأربع ثم يرجعوا . . فعلى الرجل ثلث الغرم وعليهن ثلثاه ، وتنزل كل امرأتين منزلة رجل ؛ لأن هذه الشهادة تنفرد بها النساء .

وحكى القاضي حسين : أن عليه النصف .

قوله : (**فإن رجع هو**) أي : وحده (**أو ثنتان . . فلا غرم في الأصح**) لبقاء

---

(١) الشرح الكبير (١٣/ ١٣٣ـ ١٣٤) .

(٢) وفي « المنهاج » المطبوع : (وهما نصف) .

وَلَوْ شَهِدَ هُوَ وَأَرْبَعٌ بِمَالٍ . . فَقِيلَ : كَرَضَاعٍ ، وَالأَصَحُّ : هُوَ نِصْفٌ ، وَهُنَّ نِصْفٌ ، سَوَاءٌ رَجَعْنَ مَعَهُ أَوْ وَحْدَهُنَّ ، وَإِنْ رَجَعَ ثِنْتَانِ . . فَالأَصَحُّ : لاَ غُرْمَ ، . . . .

الحجة ، **والثاني** : عليه أو عليهما ثلث الغرم ؛ كما لو رجع الجميع .

قوله : (ولو شهد[1] هو وأربع بمال . . فقيل : كرضاع ، والأصح : هو نصف وهن نصف ، سواء رجعن معه أو وحدهن) يعني : أن ما لا يثبت بشهادة النساء وحدهن ؛ كالمال إذا شهد فيه رجل وأربع نسوة . . **فقيل** : عليه ثلث الغرم وعليهن ثلثان ؛ كالرضاع .

والأصح : أن عليه النصف ونصفه عليهن ، بخلاف الرضاع ؛ لأن المال لا يثبت بشهادتهن وإن كثُرْنَ ، فنصف الحجة تقوم بالرجل معهن .

وعبر في « المحرر » بـ(أقواهما)[2] ، ومراده من حيث المعنى لا النقل ؛ كما صرّح به في « الشرح » فإن جمهور العراقيين على أنه كالرضاع ، ورجحه أبو إسحاق وابن القاصّ[3] .

قوله : (وإن رجع ثنتان . . فالأصح : لا غرم) أي : عليهن **على الأصح** ؛ لبقاء الحجة[4] .

والثاني : الربع ؛ لأنهما ربع البينة .

---

(١) وفي « المنهاج » المطبوع : (وإن شهد) .
(٢) المحرر (٣/ ١٧٠٤) .
(٣) الشرح الكبير (١٣/ ١٣٦) .
(٤) كذا في (أ) ، وفي (ب) : (« وإن رجع ثنتان . . فلا غرم » أي : عليهن « على الأصح » لبقاء الحجة) ، وراجع سائر الشروح ، في بعضها كما في (أ) ، وبعضها كما في (ب) .

وَأَنَّ شُهُودَ إِحْصَانٍ أَوْ صِفَةٍ مَعَ شُهُودِ تَعْلِيقِ طَلَاقٍ أَوْ عِتْقٍ لاَ يَغْرَمُونَ .

قوله : (وأن شهود إحصان أو صفة مع شهود تعليق طلاق أو عتق لا يغرمون) فيه مسألتان .

إحداهما : إذا رجع شهود الإحصان والزنا بعد الرجم . . **فأصح** الوجهين : اختصاص الغرم بشهود الزنا خاصة ؛ لأن الشاهدين بالإحصان لم يشهدا بوجوب عقوبة وإنما وصفاه بصفة كمال .

والثاني : أن الغرم عليهم جميعاً ؛ لتوقّف الرجم على ثبوت الزنا والإحصان جميعاً ، وفي « المهمات » : صححه الماوردي وأبو نصر البندنيجي في « المعتمد » والجرجاني في « الشافي »[(١)] .

وقال البلقيني : **إنه الأرجح** ؛ لأن المزّكين داخلون في الضمان **على الأصح** ، **وقياسه** : غرم شهود الإحصان .

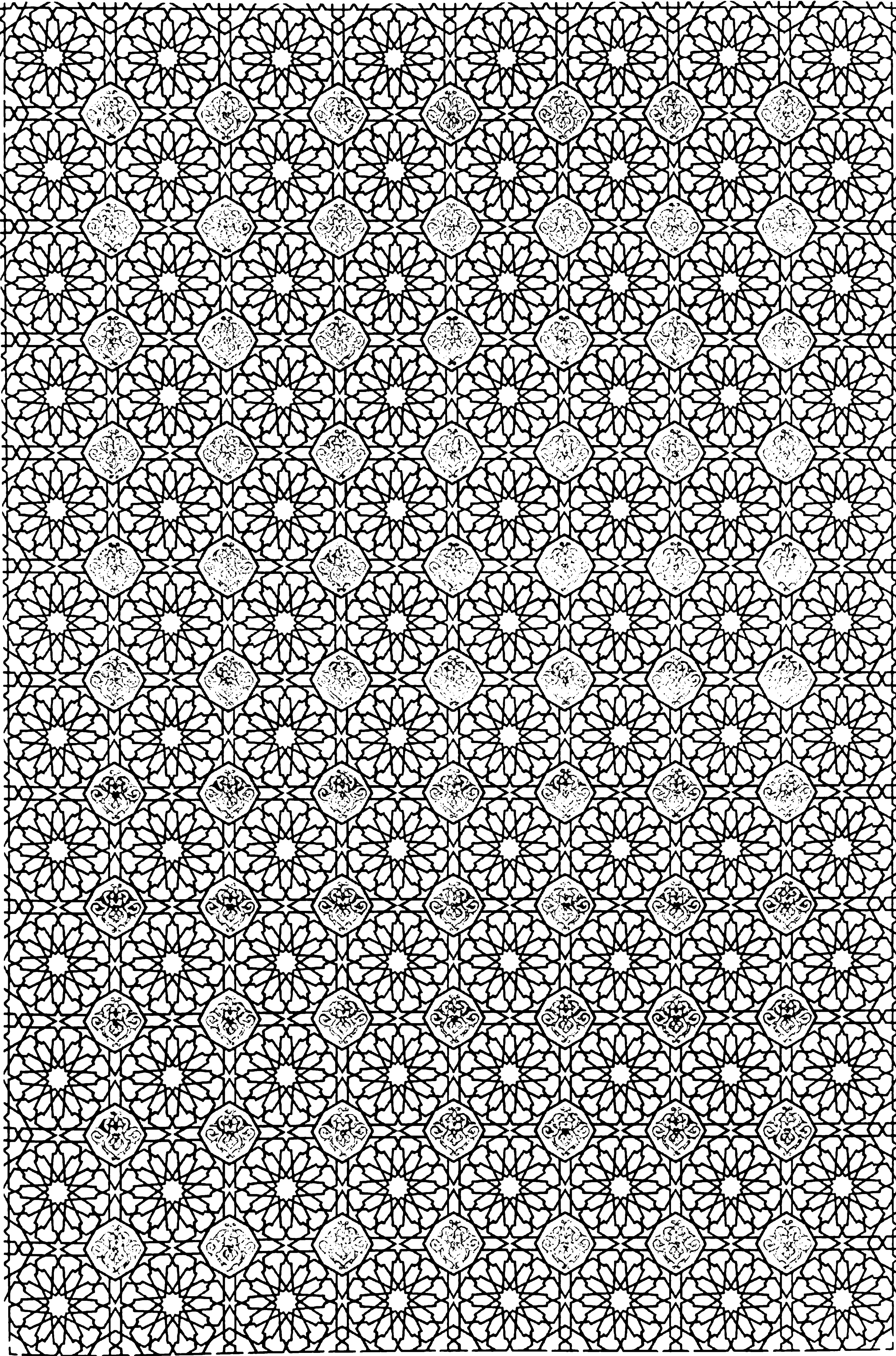
وقيل : إن شهدوا بالإحصان بعد شهود الزنا غرموا ، أو قبلهم . . فلا ، وصححه الفارقي .

الثانية : إذا شهد شاهدان بتعليق طلاق أو عتق على صفة وشهد آخران بوجود الصفة ثم رجع الجميع . . ففي مشاركة شهود الصفة لشهود التعليق في الغرم وجهان ، **والأصح** : المنع ، واختصاص الغرم بشهود التعليق ، فإنهم أثبتوا قول الزوج : أنت طالق ، وقول السيد : أنت حر ، وكل منهما صالح لإضافة الطلاق أو العتق إليه ، فلم تجز إضافته إلى الشرط ، والله أعلم .

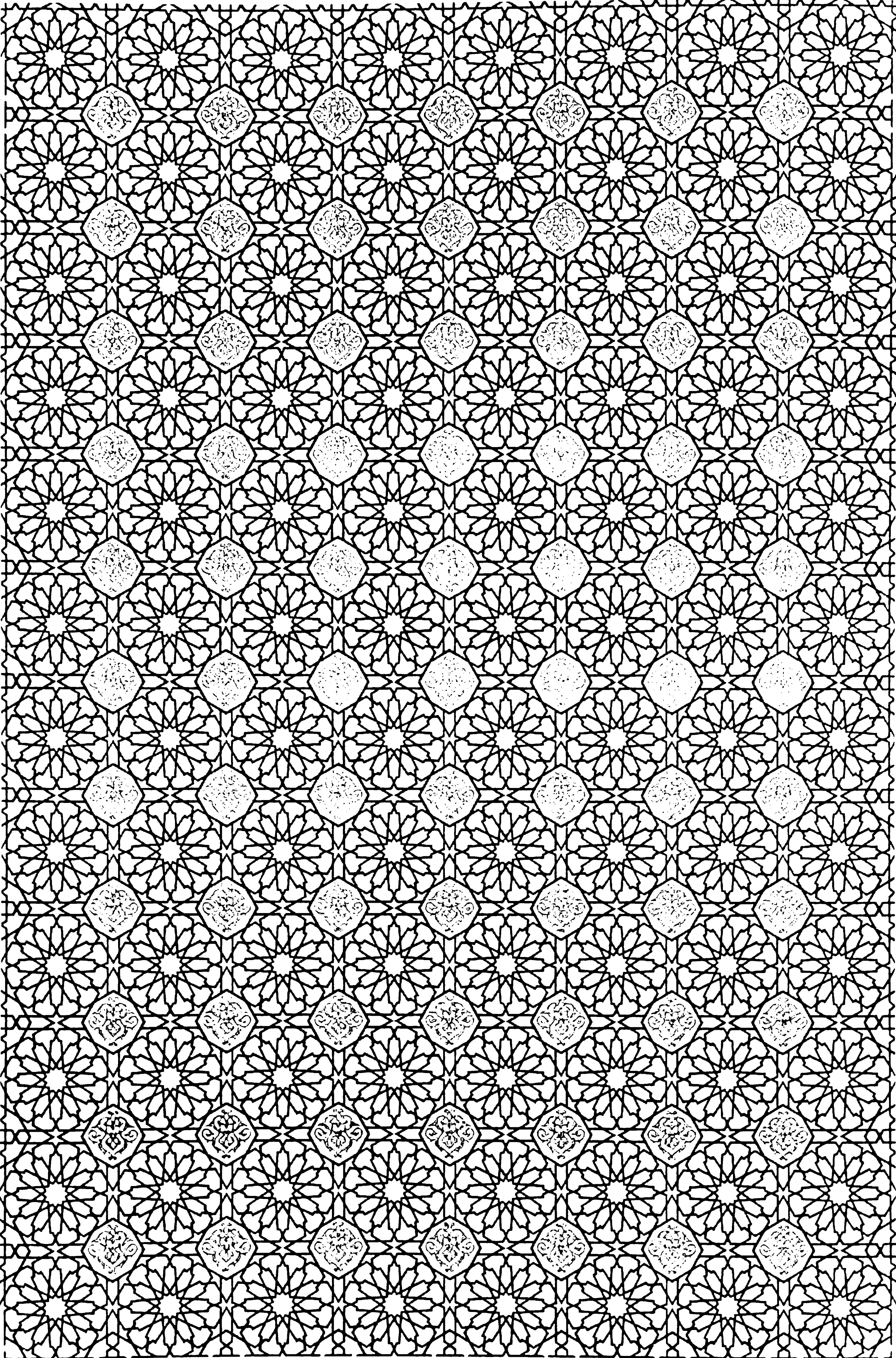
* * *

---

(١) المهمات (٩/ ٣٨٤ـ ٣٨٥) .



كتاب الدعوى والبينات



كِتَابُ الدَّعْوَى وَالْبَيِّنَاتِ

تُشْتَرَطُ الدَّعْوَى عِنْدَ قَاضٍ فِي عُقُوبَةٍ ؛ كَقِصَاصٍ وَقَذْفٍ ، . . . .

(كتاب الدعوى والبينات)

الدعوى لغةً : الطلب ، ومنه قوله تعالى : ﴿ وَلَهُم مَّا يَدَّعُونَ ﴾ [يس : ٥٧] ، ويجمع على دعاوى بفتح الواو وكسرها .

وشرعاً : إخبار بنزاع حق أو باطل بمجلس الحكم .

والبينات : جمع بينة ؛ لأن حقيقة الدعوى واحدة والبينات مختلفة .

والأصل فيه : ما في « الصحيحين » عن ابن عباس : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « **لَوْ يُعْطَى النَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ . لَادَّعَى نَاسٌ دِمَاءَ رِجَالٍ وَأَمْوَالَهُمْ ، وَلَكِنَّ الْيَمِينَ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ** »[١] .

ورواه البيهقي بلفظ : « **الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعِي وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ** » . وإسناده حسن[٢] .

والمعنى فيه : أن جانب المدعي ضعيف ؛ لأن الأصل : عدم استحقاقه ، وجانب المنكر قوي ؛ لأن الأصل : براءة ذمته ، والبينة أقوى من اليمين فاعتبرت في جانب المدعي ؛ لينجبر ضعفه ، واليمين ضعيفة ؛ لأن الحالف متهم في يمينه بالكذب ؛ لأنه يدفع بها عن نفسه ، بخلاف الشاهد .

قوله : (تشترط الدعوى عند قاض في عقوبة ؛ كقصاص وقذف) أي : ولا يستقل المستحق به ؛ لعظم خطره ، بل يحتاج إلى إثباته ثم استيفائه ،

---

(١) صحيح البخاري (٤٥٥٢) ، صحيح مسلم (١٧١١) .

(٢) السنن الكبير (٢١٢٤٣) .

وَإِنِ اسْتَحَقَّ عَيْناً . . فَلَهُ أَخْذُهَا إِنْ لَمْ يَخَفْ فِتْنَةً ، . . . .

وهذا حيث كان هناك قاضٍ وقدر على إثباته .

وفهم من الاشتراط : أنه لو استوفاه بدون ذلك . . لم يقع الموقع ، وهو كذلك في حد القذف ، لكن يقع في القصاص الموقع فيحمل على أنه شرط للجواز فيه ، لا للصحة .

وقد قال الماوردي في (باب صول الفحل) : من وجب له على شخص تعزير أو حد قذف وكان في بادية نائية عن السلطان . . فله استيفاؤه إن قدر عليه بنفسه[١] .

وقال الشيخ عز الدين بن عبد السلام : لو انفرد بحيث لا يرى . . ينبغي ألاّ يمنع من القصاص ، ولاسيما إذا عجز عن إثباته[٢] .

وهو مشكل ؛ لأن الغالب ثوران الفتن بذلك وتسلسلها ، بل تثور ولو اسْتُوفي بحكم السلطان .

ومراد المصنف بالقذف : حد القذف ؛ كما عبر به في « المحرر »[٣] .

تنبيه : لم يستوف الكلام فيما يحتاج فيه للحاكم ، فإن النكاح والطلاق ، والرجعة والإيلاء ، واللعان وفسخ النكاح بالعنة أو الإعسار . . لا بد فيها عند التنازع والاحتياجِ إلى الإثبات والحكمِ فيها من الدعوى عند قاض أو محكم .

وما خرج المال عن هذا إلا لأن المستحق قد يستقل بالوصول إلى حقه فلا يحتاج لدعوى .

قوله : (**وإن استحق عيناً . . فله أخذها إن لم يخف فتنةً**) أي : وإن لم

---

(١) الحاوي الكبير (١٧/ ٢٥٥) .

(٢) القواعد الكبرى (٢/ ٣٢٧) .

(٣) المحرر (٣/ ١٧٠٧) .

وَإِلاَّ . . وَجَبَ الرَّفْعُ إِلَى قَاضٍ ، . . . .

يعلم من هي في يده ؛ لحديث هند ، فإنه صلى الله عليه وسلم أذن لها في أخذ ما في الذمة[١] ، فعين المال أولى .

وصورة المسألة : أن تكون العين تحت يد عادية ، أما إذا كانت بيد من ائتمنه ؛ كالوديعة أو اشتراها منه وبذل له الثمن . . فليس له الأخذ بغير إذنه ؛ لما فيه من الإرعاب بظن الذهاب ، بل سبيله الطلب .

وأما المنفعة . . **فالذي يظهر** ؛ **كما قاله في « التحرير »** : أنها كالعين إن وردت الإجارة على العين . . فله استيفاؤها من تلك العين بيده إن لم يخف فتنةً ، وكالدين وإن وردت على الذمة ، فإذا قدر على تحصيلها بأخذ شيء من أمواله . . فله ذلك بشرطه[٢] .

قوله : (**وإلا**) أي : وإن خاف فتنة (. . **وجب الرفع إلى قاض**) أي : ليمكنه من الخلاص فلا حاجة لإثارة الفتنة .

ومراده : امتناع الاستقلال بالأخذ .

وكلامه يقتضي : امتناع الأخذ بمجرد الخوف ، قال الزركشي : **والظاهر** : أنه لو غلب على ظنه السلامة . . جاز ، أو الفتنة . . امتنع ، وإن استويا . . فاحتمالان ؛ **الأشبه** : المنع ؛ تغليباً للمحذور .

قال : ويقتضي تعين القاضي ، **والظاهر** : أن له الرفع إلى من له إلزام الحقوق والإجبار عليها ؛ من أمير أو وزير أو محتسب ، لاسيما إذا علم أن الحق لا يتخلص إلا عندهم .

---

(١) أخرجه البخاري (٢٢١١) ، ومسلم (١٧١٤) عن عائشة رضي الله عنها .

(٢) تحرير الفتاوي (٣/ ٧١٦) ، وفيه : (إن وردت على العين) بدون (الإجارة) .

أَوْ دَيْناً عَلَى غَيْرِ مُمْتَنِعٍ مِنَ الأَدَاءِ.. طَالَبَهُ ، وَلاَ يَحِلُّ أَخْذُ شَيْءٍ لَهُ ، أَوْ عَلَى مُنْكِرٍ وَلاَ بَيِّنَةَ.. أَخَذَ جِنْسَ حَقِّهِ مِنْ مَالِهِ ، وَكَذَا غَيْرُ جِنْسِهِ إِنْ فَقَدَهُ عَلَى الْمَذْهَبِ ، ....

قوله : (أو ديناً على غير ممتنع من الأداء.. طالبه ، ولا يحل أخذ شيء له) لأن من عليه الحق مخير في الدفع من أيّ مال شاء ؛ فليس للمستحق إسقاط حقه من ذلك الخيار ، فإن أخذه.. ضمنه وعليه رده ، فإن اتفقا.. جاء خلاف التقاص ، قاله الرافعي[1] .

وقال في « البحر » : لا يكون تقاصّاً ؛ لأنه لا يكون إلا في الديون الثابتة في الذمم ، فأما الأعيان.. فلا يصير بعضها قصاصاً عن بعض ؛ لأنه يكون كالمعاوضة ، فيفتقر إلى التراضي[2] .

وتعبيره بـ(غير الممتنع) يشمل : المنكر والمماطل .

قوله : (أو على منكر ولا بينة.. أخذ جنس حقه من ماله) إن ظفر به ؛ أي : لعجزه عن أخذه إلا كذلك ، وسواء أنكر في الظاهر والباطن أو كان منكراً في الظاهر ويقر باطناً ؛ كما قاله الروياني والجرجاني[3] ؛ **وهو المشهور** .

وقال القاضي حسين : لا خلاف فيه . وهذا إذا كان المستحق يعلم أنه لو حلفه.. لحلف ، فإن كان يرجو إقراره لو حضر عند الحاكم.. وجب إحضاره ولم يجز له الأخذ .

قوله : (وكذا غير جنسه إن فقده على المذهب) لأن النبي صلى الله عليه

---

(١) الشرح الكبير (١٣/ ١٤٦) .

(٢) بحر المذهب (٨/ ٢٨٦) .

(٣) بحر المذهب (١٤/ ٥٠٤) ، التحرير (٢/ ٤٢٢) .

أَوْ عَلَى مُقِرٍّ مُمْتَنِعٍ أَوْ مُنْكِرٍ وَلَهُ بَيِّنَةٌ . . فَكَذَلِكَ ، وَقِيلَ : يَجِبُ الرَّفْعُ إِلَى قَاضٍ .

وسلم أطلق الأخذ لهند من غير فرق ؛ بين الجنس وغير الجنس[١] .

وقيل : قولان ؛ أحدهما : المنع ؛ لأنه لا يمكنه تملكه ، وليس له بيع مال غيره لنفسه .

وأطلق الجواز من غير الجنس ، **ومحله** : إذا لم يجد أحد النقدين ، فإن وجده . . تعين ولم يعدل إلى غيره ، نقله في « المطلب » عن المتولي وارتضاه .

وأفهم : امتناع غير الجنس مع القدرة عليه ، **وهو الصحيح** .

قوله : (أو على مقر ممتنع أو منكر وله بينة . . فكذلك ، وقيل : يجب الرفع إلى قاض) ما سبق فيما إذا لم يمكن تخليص الحق بالقاضي ، فإن أمكن بأن كان مقراً ، لكن يمتنع من الأداء ويماطل ، أو منكراً وللمستحق بينة . . **فالأصح** : جواز الاستقلال ؛ لقضية هند ، فإنه كان يمكنها إقامة البينة .

والثاني : المنع ، بل يجب الرفع للقاضي ؛ كما لو أمكنه تخليص الحق بالمطالبة والتقاضي .

قال في « الذخائر » : لم يحك الخراسانيون سواه ، وادعى الغزالي : أنه محل وفاق[٢] .

قال الزركشي : وهو المختار ؛ لأن الاستبداد بالأخذ على خلاف القياس ، فينبغي ألاّ يجوز إلا عند الضرورة ، والاستدلال بقضية هند مردود ؛ لأن حاجة الزوجة والولد تتكرر كل يوم ، فلو أحوجناها للرفع . . لأدى للضرر

---

(١) مر تخريجه آنفاً أول الباب .

(٢) الوسيط (٤/ ٣٥٠) .

وَإِذَا جَازَ الأَخْذُ . فَلَهُ كَسْرُ بَابٍ ، وَنَقْبُ جِدَارٍ لاَ يَصِلُ إِلَى الْمَالِ إِلاَّ بِهِ ، . . . .

والمشقة ، بخلاف الدين ، فإن الواقعة فيه لا تتكرر .

نعم ؛ يتجه أن يقال : إن كان الغريم متجوِّهاً[١] بحيث لا يخلص الحق منه ولو رفع للقاضي . . فله الأخذ قطعاً ، ولا يجري فيه الخلاف ، وفي كلام الماوردي[٢] والبندنيجي وابن الصباغ ما يقتضيه .

وظاهر قوله : (كذلك) : جواز أخذ الجنس وغيره عند فقده ، لكن الماوردي خص الخلاف بغير الجنس ، وجزم بالجواز عند وجود الجنس ، قال : لأن إحواجه إلى المحاكمة عدوان من الغريم[٣] .

وهذا كله في الدين ، أما ما ثبت للزوجة من نفقة وامتنع الزوج من دفعها . . فإنها تستقل بالأخذ من غير الحاكم **على الأصح** ؛ لحديث هند[٤] .

قوله : (وإذا جاز الأخذ . . فله كسر باب ، ونقب جدار لا يصل إلى المال إلا به) أي : ليصل إلى حقه ، ولا يضمن ما فوته ؛ كمن لم يقدر على دفع الصائل إلا بإتلاف ماله فأتلفه . . لا يضمن .

قال القاضي : ولا يجوز توكيله في ذلك ، ولو فعل . . ضمن ، قال الزركشي : وجواز كسر الباب أطلقه القاضي حسين والمتولي في (كتاب التفليس) ، **وكلام « التهذيب » و« الكافي » يقتضي** : تخصيصه بما إذا لم يجد سبيلاً إلى الأخذ بالحاكم ؛ كما في صورة الجحود وعدم البينة[٥] ، **وهو**

---

(١) **تجوَّهَ** : إذا تعظَّم أو تكلف الجاه وليس به ذلك . تاج العروس مادة (جوه) .

(٢) الحاوي الكبير (٢١/ ٣٥٧ـ ٣١٠) .

(٣) الحاوي الكبير (٢١/ ٣٠٧) .

(٤) مر تخريجه آنفاً أول الباب .

(٥) التهذيب (٨/ ٣٥١) .

ثُمَّ الْمَأْخُوذُ مِنْ جِنْسِهِ يَتَمَلَّكُهُ ، . . . .

ظاهر ؛ لأن الأخذ بالحاكم عند الإمكان أسهل كلفةً وخطراً من نقب الجدار وكسر الباب .

قال : **ومحله أيضاً** : إذا كان ملكاً للمدين ، فإذا كان مستأجراً ونحوه . . فلا يخفى المنع(١) .

قوله : (ثم المأخوذ من جنسه يتملكه) أي : بدلاً عن حقه ؛ لأنه ثمرة الملك .

وتبع في التعبير بالتملك « الروضة » و« أصلها »(٢) .

وهو يقتضي : أنه لا يملكه بنفس الأخذ ، وصرح القاضي حسين في « تعليقه » : بأنه يملك بمجرد الأخذ ولا يحتاج إلى اختيار التملك ، وجرى عليه البغوي والإمام(٣) ، وهو قضية كلام الماوردي(٤) والمحاملي وغيرهما .

قال الزركشي : **وهو الصواب** ، فإنه إنما أخذ بقصد الاستيفاء والشارع قد أذن له في قبضه ، فأشبه ما لو أقبضه إياه الحاكم أو المدين ، فإنه يملكه(٥) .

وقيده القاضي حسين بأن يكون من نوع جنسه وبتلك الصفة ، أما لو كان فوق حقه في النوع والصفة . . فلا يتملكه ، بل يكون كاختلاف الجنس ؛ لأنه استيفاء قهري ، فلا يجوز له أخذ الأجود فيه .

وشمل إطلاقه : ما لو كان حقه دراهم صحاحاً فظفر بالمكسرة . . فله

---

(١) تكملة كافي المحتاج (ص : ٦٢٥) .
(٢) الشرح الكبير (١٣/١٤٨) ، روضة الطالبين (٨/ ٢٨٣ـ ٢٨٤) .
(٣) نهاية المطلب (١٩/ ١٩٠) ، التهذيب (٨/ ٣٥٢) .
(٤) الحاوي الكبير (٢١/ ٣٠٧ـ ٣١٠) .
(٥) تكملة كافي المحتاج (ص : ٦٢٦) .

وَمِنْ غَيْرِهِ يَبِيعُهُ ، وَقِيلَ : يَجِبُ رَفْعُهُ إِلَى قَاضٍ لِيَبِيعَهُ ، . . . .

أخذها وتملكها بحقه ، أما إذا استحق المكسرة وظفر بالصحاح . . **فالمذهب في « الروضة »** : جواز الأخذ ؛ لاتحاد الجنس[١] ، لكن يبيع الصحاح بالدنانير ويشتري بها المكسرة ويتملكها ، فيَرِدُ على إطلاقه .

قوله : (**ومن غيره يبيعه ، وقيل : يجب رفعه إلى قاض ليبيعه**[٢]) أي : إذا ظفر بغير جنس حقه . . لا يتملكه .

ومقتضى كلام « المحرر » : أنه لا خلاف فيه[٣] ، وبه صرح الروياني في « الحلية » ، لكن حكى الإمام والرافعي وجهاً : أنه يتملك منه بقدر حقه ويستقل بالمعاوضة ؛ كما يستقل بالتعيين إذا أخذ الجنس[٤] .

ثم هل يستقل ببيعه أو يرفعه للقاضي ؟ وجهان ؛ **أصحهما** عند الأكثرين وهو المنصوص : أنه يستقل[٥] ؛ كما لو انفرد بأخذه ، ولتعذر بيع الحاكم إذا لم تكن له بينة .

والثاني : يرفعه للقاضي ، وإلا . . فكيف يلي التصرف في مال غيره لنفسه ؟ .

وهذا إذا لم يعلم القاضي ولا بينة للآخذ .

فإن كان القاضي عالماً . . **فالمذهب في « الروضة »** : أنه لا يبيعه

---

(١) روضة الطالبين (٨/ ٢٨٦) .

(٢) كذا في (أ) و(ب) ، و« النجم الوهاج » (١٠/ ٣٩٤) ، وفي « المنهاج » وسائر الشروح المطبوعة : (يبيعه) .

(٣) المحرر (٣/ ١٧٠٨) .

(٤) الشرح الكبير (١٣/ ١٤٨) ، نهاية المطلب (١٩/ ١٩٢ـ ١٩٣) .

(٥) مختصر المزني (ص : ٤٢٦) .

وَالْمَأْخُوذُ مَضْمُونٌ عَلَيْهِ فِي الأَصَحِّ ، فَيَضْمَنُهُ إِنْ تَلِفَ قَبْلَ تَمَلُّكِهِ وَبَيْعِهِ ،

إلا بإذنه[١] ، وكلام الرافعي يشعر بأنه وجه وأن المذهب : الإطلاق[٢] ، وليس كذلك ، قاله الزركشي .

وذكر في « التحرير » : ما يقويه[٣] ، وفي « المهمات » : أن ما في « الروضة » وجه مرجوح[٤] .

وقيد في « التنبيه » : البيع بـ(نفسه)[٥] وهو يقتضي امتناع أن يوكل فيه ، لكن في « زوائد الروضة » في آخر (تعليق الطلاق) : أنه يجوز له أن يوكل فيه[٦] ، وهو مقتضى إطلاقه هنا .

قوله : (والمأخوذ مضمون عليه في الأصح ، فيضمنه إن تلف قبل تملكه وبيعه) أي : لأنه قبضه بغير إذن المالك لغرض نفسه ؛ كما لو اضطر إلى طعام الغير فأخذه منه ، وكالمستام ، بل أولى فإن المالك لم يأذن فيه .

والثاني : المنع ؛ لأنه مأخوذ للتوثق والتوصل به إلى الحق ، فأشبه الرهن ، وإذن الشرع في الأخذ يقوم مقام إذن المالك ، وصححه الروياني[٧] .

قال الإمام البلقيني : **محله** : في غير الجنس ، أما المأخوذ من الجنس . . فإنه يضمنه قطعاً ضمان يد ؛ لحصول ملكه له بالأخذ عن حقه . انتهى

وعلى الأول : ينبغي أن يبادر إلى البيع بحسب الإمكان ، فإن قصر فنقصت

---

(١) روضة الطالبين (٨/ ٢٨٤) .
(٢) الشرح الكبير (١٣/ ١٤٩) .
(٣) تحرير الفتاوي (٣/ ٧١٨) .
(٤) المهمات (٩/ ٣٨٧) .
(٥) التنبيه (ص : ١٦٠) ، وعبارته : (فإن كان من غير جنسه . . باعه بنفسه) .
(٦) روضة الطالبين (٦/ ١٨٠) .
(٧) بحر المذهب (١٤/ ٥٠٦) .

وَلاَ يَأْخُذُ فَوْقَ حَقِّهِ إِنْ أَمْكَنَ الاقْتِصَارُ ، وَلَهُ أَخْذُ مَالِ غَرِيمِ غَرِيمِهِ .

قيمته . . ضمن النقصان ، ولو ارتفعت القيمة وانخفضت وتلف . . فهو مضمون عليه بالأكثر .

وفي « زيادة المصنف » : لو حدثت فيه زيادة قبل بيعه . . فهي على ملك المأخوذ منه[1] .

قوله : (**ولا يأخذ فوق حقه إن أمكن الاقتصار**) أي : على قدر حقه ؛ كما إذا كان خمسين وظفر بمئة ، فإن زاد . . ضمن ، وإن لم يمكنه بأن لم يظفر إلا بشيء تزيد قيمته على قدر حقه ؛ فإن قلنا : المأخوذ بقدر حقه لا يضمن . . فكذا الزيادة ، وإن ضمناه . . **فقيل** : يضمن الزيادة ؛ كالأصل ، **والأصح** : المنع ؛ لأنه لم يأخذه بحقه وهو معذور في أخذه .

ثم إن أمكنه بيع قدر حقه منه . . باع ولا يجوز بيع الجميع ، وإن لم يمكن . . باع الجميع وأخذ من ثمنه قدر حقه ، ويسعى في رد الباقي إليه بهبة ونحوها .

قوله : (**وله أخذ مال غريم غريمه**) أي : إذا كان غريمه جاحداً أو مماطلاً ؛ كما لو كان لزيد على عمرو دين ولعمرو على بكر مثله . . يجوز لزيد أن يأخذ مال بكر بما له عند عمرو ، ولا يمنع من ذلك ردّ عمرو إقرار بكر ولا جحود بكر استحقاق زيد على عمرو ، كذا أطلقه المصنف تبعاً للرافعي[2] .

وهو يقتضي : أنه لا فرق بين أن يكون غريم الغريم جاحداً أم لا ، ولا بين

---

(١) روضة الطالبين (٨/ ٢٨٦ـ ٢٨٧) .

(٢) الشرح الكبير (١٣/ ١٥٢) ، روضة الطالبين (٨/ ٢٨٦) .

وَالأَظْهَرُ : أَنَّ الْمُدَّعِيَ : مَنْ يُخَالِفُ قَوْلُهُ الظَّاهِرَ ، وَالْمُدَّعَى عَلَيْهِ : مَنْ يُوَافِقُهُ ، . . . .

أن يكون ماله من جنس حقه أم لا ، وأنه يجوز له نقب جداره وغيره على ما سبق[١] .

قال الزركشي : وهذا أمر لا يمكن القول به على الإطلاق ، **والذي يقتضيه كلامهم** : التصوير بما إذا كان غريم الغريم مماطلاً للغريم أو جاحداً له ولا بينة ، أما إذا كان مقراً ولا شعور له باستحقاق زيد فكيف يجوز تسليطه على الأخذ ؟ وهو لا يجوز ، وقد صرح بذلك القاضي حسين والشيخ إبراهيم المروذي في « تعليقه » .

وفي « التحرير » : أن صاحب « تتمة التتمة » ذكر للجواز شرطين : **ألاّ** يظفر بمال الغريم ، وأن يكون غريم الغريم جاحداً ممتنعاً أيضاً[٢] .

وقال البلقيني : **المذهب المعتمد** : عدم الجواز ، وقال الزركشي : **الظاهر** : جواز أخذ مال غريمه من الغاصب لاسيما إذا قلنا : للآخذ انتزاع المغصوب ، ويبرأ الغاصب .

قوله : (**والأظهر : أن المدعي : من يخالف قوله الظاهر ، والمدعى عليه : من يوافقه**) أي : **والثاني** : أن المدعي : من لو سكت خلّي ولم يطالب بشيء ، والمدعى عليه : من لا يخلّى ولا يكفيه السكوت .

مثاله : زيد ادعى ديناً في ذمة عمرو أو عيناً في يده وأنكر ، فزيد هو الذي يذكر خلاف الظاهر ؛ **لأن الظاهر** : براءة ذمة عمرو وفراغ يده من حق الغير ،

---

(١) أي : آنفاً في قول المتن : (فله كسر باب نقب جدار) وشرحه .

(٢) تحرير الفتاوي (٣/ ٧٢٠) .

فَإِذَا أَسْلَمَ زَوْجَانِ قَبْلَ وَطْءٍ ، فَقَالَ : أَسْلَمْنَا مَعاً . . فَالنِّكَاحُ بَاقٍ ، وَقَالَتْ : مُرَتَّباً . . فَهُوَ مُدَّعٍ .

وهو الذي لو سكت . . ترك ، وعمرو هو الذي يوافق قوله الظاهر ولا يترك وسكوته ، فزيد مدع بموجب العبارتين ، وعمرو مدعى عليه .

ولا يختلف موجبهما غالباً وقد يختلف ؛ كما أشار إليه **بقوله** :

(**فإذا أسلم زوجان قبل وطء فقال : أسلمنا معاً . . فالنكاح باق ، وقالت : مرتباً**) أي : على التعاقب ولا نكاح (. . **فهو مدع**) أي : إذا قلنا بالأظهر ؛ **لأن الظاهر** : عدم اتفاق الإسلام في وقت واحد ، وهي مدعى عليها ، فتحلف ويرتفع النكاح ، لكن سبق في (النكاح) في آخر (نكاح المشرك) تصحيح : أن القول قول الزوج[١] .

وإن قلنا بالثاني : فالمرأة مدعية ، وهو مدعى عليه ؛ لأنه لا يترك لو سكت ؛ لأنها تزعم انفساخ النكاح ، فيحلف ويستمر النكاح .

ولو قال الزوج : أسلمتِ قبلي فلا نكاح ولا مهر ، وقالت : أسلمنا معاً وهما بحالهما . . فقوله في الفراق يلزمه ، والقول قوله في المهر **على الأظهر** .

وعلى الثاني : قولُها ؛ لأنها لا تترك بالسكوت ؛ لأن الزوج يزعم سقوط المهر ، فإذا سكتت ولا بينة . . جعلت ناكلةً وحلف وسقط المهر .

قال الإمام البلقيني : **محل القولين على ما ظهر من نص الشافعي في « الأم »**[٢] : فيما إذا جاءانا مسلمين فقال الزوج : أسلمنا معاً . . . إلى آخره ، فأما إذا جاءتنا الزوجة مسلمةً ثم جاء الزوج وادعى أنهما أسلما معاً . . فإن القول قول الزوجة قطعاً . انتهى

---

(١) أي : في الفصل الأخير من (باب نكاح المشرك) قبيل (باب الخيار والإعفاف . . .) .
(٢) الأم (٦/ ١٢٥ـ١٢٦) .

وَمَنِ ادَّعَى نَقْداً . . اشْتُرِطَ بَيَانُ جِنْسٍ وَنَوْعٍ وَقَدْرٍ وَصِحَّةٍ وَتَكَسُّرٍ إِنِ اخْتَلَفَتْ بِهِمَا قِيمَةٌ ، . . . .

وتعبيره بـ(الأظهر) يقتضي : أنهما منصوصان ، والمشهور كما قاله الرافعي : أنهما مستنبطان من القولين في اختلاف الزوجين[١] .

قال في « المطلب » : فإذا كان كذلك . . ففي التخريج نظر ؛ لأن ما نص عليه الشافعي[٢] يمكن تخريجه على تقابل الأصل والظاهر .

قوله : (ومن ادعى نقداً[٣] . . اشترط بيان جنس ونوع وقدر وصحة وتكسر[٤] إن اختلفت بهما[٥] قيمة) أي : للتفاوت بينهما ، فإن لم يختلفا . . لم يحتج إليه .

وإنما وجب ذلك ؛ لأن العلم بالمدعى شرط ، فيقول مثلاً : لي عليه مئة درهم فضةً ظاهريةً من ثمن كذا سلمته إليه ، أو : قرضاً في ذمته ، أو : قيمةَ ثوب أتلفه ونحوه .

وهذا في النقد الخالص .

أما المغشوشة . . فيدعي بمئة درهم من نقد بلد كذا قيمتها كذا ديناراً ، أو ديناراً من نقد بلد كذا قيمته كذا درهماً ، ذكره الشيخ أبو حامد وغيره .

قال الرافعي : وكأنه جواب على أنها متقومة ، فإن كانت مثليةً . . فينبغي ألاّ يشترط التعرض للقيمة[٦] ، وزاد في « الشرح الصغير » : اعتبارَ الصفة ،

---

(١) الشرح الكبير (١٣/ ١٥٤) .
(٢) الأم (٦/ ١٢٦ـ١٢٧) .
(٣) وفي « المنهاج » المطبوع : (ومتى ادعى نقداً) .
(٤) الواو هنا بمعنى : أو . راجع « تحفة المحتاج » (١٠/ ٥٥٤) ، و« نهاية المحتاج » (٨/ ٣٤٠) .
(٥) يعني : بكل واحد من المتقابلين ومقابله . تحفة المحتاج (١٠/ ٥٥٤) .
(٦) الشرح الكبير (١٣/ ١٥٦) .

أَوْ عَيْناً تَنْضَبِطُ ؛ كَحَيْوَانٍ . . وَصَفَهَا بِصِفَةِ السَّلَمِ ، وَقِيلَ : يَجِبُ مَعَهَا ذِكْرُ الْقِيمَةِ ، فَإِنْ تَلِفَتْ وَهِيَ مُتَقَوِّمَةٌ . . وَجَبَ ذِكْرُ الْقِيمَةِ ، . . . .

قال في « الكفاية » : أي : التي يختلف بها الغرض ، كقوله : ذهب عتيق أو جديد[١] .

ولا فرق في وجوب ذكر الجنس والصفة والقدر بين النقد وغيره من الحبوب والقماش والحيوان .

قوله : (**أو عيناً تنضبط ؛ كحيوان . . وصفها بصفة السلم**) إن كانت باقيةً ؛ أي : لحصول التمييز بذلك ، ولا يحتاج لذكر القيمة **على الأصح** ، وأشار إليه **بقوله** : (**وقيل : يجب معها ذكر القيمة**) .

وقوله : (**معها**) **يقتضي** : أن صفات السلم لا خلاف فيها ، وهل يجب ذكر القيمة ؟ وجهان ، وليس كذلك ، فإن القائل بالقيمة لا يوجبها مع الصفات ، بل يكتفي بها عنها ، نبه عليه الرافعي في (باب القضاء على الغائب)[٢] .

ولم يقل في « المحرر » : معها[٣] ، فهي زيادة فاسدة[٤] .

قوله : (**فإن تلفت وهي متقومة . . وجب ذكر القيمة**) أي : لأنها الواجب عند التلف ، وإن كانت مثليةً . . كفى الضبط بالصفات .

واحترز بقوله : (**تنضبط**) : عما لا تنضبط بالصفة ؛ كالجواهر واليواقيت ، فتعتبر القيمة ، **فيقول** : جوهر قيمته كذا ؛ لأنه لا يصير معلوماً

---

(١) كفاية النبيه (١٨/ ٤٠٧ـ٤٠٨) .

(٢) الشرح الكبير (١٢/ ٥٢٧) .

(٣) راجع « المحرر » (٣/ ١٧١٠ـ ١٧١١) .

(٤) أجاب عن الاعتراض على المتن في « تحفة المحتاج » (١٠/ ٥٥٥ـ ٥٥٦) ، فراجعه .

أَوْ نِكَاحاً . . لَمْ يَكْفِ الإِطْلاَقُ فِي الأَصَحِّ ، بَلْ يَقُولُ : نَكَحْتُهَا بِوَلِيٍّ مُرْشِدٍ وَشَاهِدَيْ عَدْلٍ ، وَرِضَاهَا إِنْ كَانَ يُشْتَرَطُ ، . . . .

إلا بذلك ، ذكره القاضي أبو الطيب والبندنيجي وابن الصباغ والماوردي[1] .

قوله : (**أو نكاحاً . . لم يكف الإطلاق في الأصح**[2] ، **بل يقول : نكحتها بولي مرشد وشاهدي عدل ورضاها إن كان يشترط**) أي : لكونها ثيباً بالغاً عاقلاً أو بكراً والولي غير الأب والجد ، وهذا هو المنصوص في « الأم » و« المختصر »[3] .

ووجهوا اشتراط التفصيل ؛ بأن أمر الفروج مبني على الاحتياط ؛ كالدماء .

والثاني : يكفي الإطلاق ؛ كدعوى المال ، وكما لا يشترط في النكاح التعرض لعدم الموانع ؛ كالردة والعدة والرضاع ، وحكاه القاضي حسين عن القديم .

والثالث : المنع مطلقاً .

وأجاب الأول ؛ بأن الأسباب التي يستحق بها المال كثيرة ، وفي ضبطها حرج شديد فأغنى الإطلاق ، بخلاف النكاح .

والفرق بين الموانع والشروط : أن الشروط يعتبر وجودها ليصح العقد ، والموانع يعتبر عدمها ، **والأصل** : العدم ، فاكتفي به .

وقيل : إن ادعى دوام النكاح . . كفى الإطلاق أو ابتداءه . . فلا .

---

(١) الحاوي الكبير (٢١/٢٠٦ـ٢٠٧) .

(٢) وفي « المنهاج » وبعض الشروح المطبوعة : (على الأصح) .

(٣) الأم (٧/٥٦١) ، مختصر المزني (ص : ٤٢١) .

. . . .

واحترز بقوله : (**إن كان يشترط**) : عما إذا لم يشترط ؛ لكونها مجبرةً ، فلا يتعرض له ، بل يتعرض لذكر المزوج من أب أو جد وعلمِها بذلك إن كانت الدعوى عليها ؛ كما أشار إليه الإمام في (كتاب النكاح)[1] .

وليس لنا صورة يشترط فيها التعرض لتسمية الولي غير هذه ، وتَرِدُ على عبارة المصنف ؛ فإنها تُفْهم : أنه لا يشترط تعيين الولي .

وهذا إذا ادعى أنه نكحها ، فلو ادعى أنها امرأته . . لم يحتج إلى أن يصف العقد ؛ لأنه يدعي ملك البضع لا النكاح ، قاله ابن أبي هريرة .

ومقتضى إطلاقه : أنه لا فرق في الدعوى بذلك على المرأة أو الولي .

فأما تجويزهم سماعها على المرأة . . فمبني على صحة إقرارها به ، قال الإمام والفوراني : إن قبلناه . . سمعت ، وإلا ؛ فإن جعلت اليمين المردودة كالبينة . . فكذلك وتحلف ، فإن نكلت . . حلف المدعي وثبت النكاح ، أو كالإقرار . . فلا[2] .

وأما الدعوى على الأب والجد في البكر الصغيرة . . فلا شك في الصحة . فإن أقر . . فذاك ، وإن أنكر . . قال القاضي حسين هنا : يحلف ، فإن نكل . . حلف الزوج ، وحكى في (كتاب الصداق) وجهاً : أنه لا يحلف وإن كانت بكراً كبيرةً ، وحكى عند الكلام في وقوع عقدين على امرأة : وجهين في الدعوى على المجبر .

والمراد بالمرشد : من دخل في الرشد ؛ أي : صلح للولاية ، وهو أعم من العدل والمستور .

---

(١) نهاية المطلب (١٢/٥٠٦ ، ٥١٤) .
(٢) نهاية المطلب (١٩/١١٢ـ١١٣) .

فَإِنْ كَانَتْ أَمَةً . . فَالأَصَحُّ : وُجُوبُ ذِكْرِ الْعَجْزِ عَنْ طَوْلٍ وَخَوْفِ عَنَتٍ ،

ومقتضى كلامه : أنه لا بد من وصف الشاهدين بالعدالة .

قال الزركشي : وينبغي الاكتفاء بقوله : وشاهدين مستورين ؛ لأنهم ذكروا في (كتاب النكاح) : أنه لو رفع إلى الحاكم نكاحٌ عُقِد بمستورين . . لا ينقضه ، فإن ادعت المرأة حقاً من حقوق الزوجية . . احتاج الحاكم للتزكية .

ومقتضى تعبيره : التصوير بدعوى الزوج ، وسكت عن دعوى المرأة به[١] ، وهي مسموعة إن اقترن بها حق من حقوق النكاح ؛ كصداق ونفقة ، وقسم وميراث بعد موته ، وكذا إن تمحضت دعوى الزوجية **على الأصح** .

فإن سمعت وسكت المدعى عليه وأصر على السكوت . . أقامت البينة عليه ، وإن أنكر . . **فالأصح** : أن إنكاره لا يكون طلاقاً ، فتقيم البينة عليه ، وإن رجع . . قبل رجوعه وسلمت الزوجة إليه ، وإن لم تكن بينة وحلف الرجل . . فلا شيء عليه ، وله أن ينكح أختها وأربعاً سواها ، وليس لها أن تنكح زوجاً غيره إذا لم يجعل الإنكار طلاقاً وإن اندفع النكاح ظاهراً حتى يطلقها أو يموت .

وينبغي أن يرفق الحاكم به حتى يقول : إن كنت نكحتها . . فهي طالق ؛ ليحل لها النكاح ، وإن نكل الرجل . . حلفت هي ، واستحقت المهر والنفقة .

قوله : (فإن كانت أمةً . . فالأصح : وجوب ذكر العجز عن طول وخوف عنت) أي : يجب ذلك مع ما سبق[٢] ؛ لأن الفروج يحتاط لها ، **وقياسه** :

---

(١) وقال في « تحفة المحتاج » (١٠/ ٥٦٠) : (أن المرأة مثله في ذلك ، وكان الاقتصار عليه ؛ لأنه الغالب) .

(٢) أي : آنفاً .

أَوْ عَقْداً مَالِيّاً ؛ كَبَيْعٍ وَهِبَةٍ . . كَفَى الإِطْلاَقُ فِي الأَصَحِّ .

وَمَنْ قَامَتْ عَلَيْهِ بَيِّنَةٌ . . لَيْسَ لَهُ تَحْلِيفُ الْمُدَّعِي ، . . . .

وجوب التعرض لباقي الصفات ؛ من كونه لاحرةَ تحته ، وكونِ الأمة مسلمةً .

والثاني : لا يجب التعرض لعدم الموانع .

قوله : (أو عقداً ماليّاً ؛ كبيع وهبة[1] . . كفى الإطلاق في الأصح) المنصوص[2] ؛ لأنه أخف حكماً من النكاح ؛ ولهذا لا يشترط فيه الإشهاد .

والثاني : يشترط التفصيل ، فيقول : تعاقدناه بثمن معلوم ونحن جائزا التصرف وتفرقنا عن تراض .

والثالث : إن تعلق العقد بجارية . . وجب ؛ احتياطاً للبضع .

ومقتضى تعبيره بـ(الإطلاق) في النكاح والبيع : أنه لا يشترط التقييد بالصحة ، وفيه وجهان .

وأشار في « الوسيط » إلى أنهما مفرعان على أنه لا يشترط التفصيل[3] .

وإيراد الهروي يقتضي : طردهما مع اشتراط التفصيل ؛ ليتضمن ذكر الصحة نفي الموانع .

قوله : (ومن قامت عليه بينة . . ليس له تحليف المدعي) على استحقاق ما ادعاه ؛ لأنه تكليف حجة بعد حجة ، بل هو كالطعن في حجته ، **هذا هو المشهور** .

وقيل : يحلف معها ؛ لأنا نحلفه على غير ما شهدت به البينة ، وهو باطن الأمر ، والبينة تكون على الظاهر .

---

(١) وفي « المنهاج » المطبوع : (لبيع وإجارة وهبة) .

(٢) راجع « الأم » (٧/ ٥٦٠) .

(٣) الوسيط (٤/ ٣٥٣) .

فَإِنِ ادَّعَى أَدَاءً أَوْ إِبْرَاءً أَوْ شِرَاءَ عَيْنٍ أَوْ هِبَتَهَا وَإِقْبَاضَهَا. . حَلَّفَهُ عَلَى نَفْيِهِ ، وَكَذَا لَوِ ادَّعَى عِلْمَهُ بِفِسْقِ شَاهِدِهِ أَوْ كَذِبِهِ فِي الأَصَحِّ ، وَإِذَا اسْتَمْهَلَ لِيَأْتِيَ بِدَافِعٍ. . أُمْهِلَ ثَلاَثَةَ أَيَّامٍ ، . . . .

ويستثنى منه : ما إذا قامت بينة بإعسار المديون ، فلصاحب الدين تحليفه **في الأصح** ؛ لجواز أن يكون له مال في الباطن .

وما إذا قام بينة بعين وقال الشهود : لم نعلم أنه باع ولا وهب. . فإن الشافعي قال : أُحلِّفه أنها ما خرجت عن ملكه بوجه من الوجوه[1] .

قوله : (**فإن ادعى أداءً أو إبراءً أو شراء عين أو هبتها وإقباضها. . حلفه على نفيه**) أي : على نفي ما يقوله ، وهذا إذا ادعى حدوث ذلك بعد قيام البينة ومضى زمان إمكانه ، فإن لم يمكن. . لم يلتفت إليه .

وإن ادعى وقوعه قبل أن تشهد به البينة بأن لم يحكم القاضي بعدُ. . حلف المدعي على نفيه ، وإن حكم. . **فالأصح** : المنع ؛ لثبوت المال عليه بالقضاء .

والثاني : يحلفه .

قال الزركشي : **وهو الظاهر** ؛ لاحتمال ما يدعيه وجواز اعتماد الشهود على ظاهر الحال .

قوله : (**وكذا لو ادعى علمه بفسق شاهده أو كذبه في الأصح**) يعني : أنه يحلفه ؛ لأنه لم يدع عليه حقاً ، وإنما ادعى عليه أمراً لو ثبت. . نفعه .

والثاني : لا ، ويكتفى بظاهر العدالة وتعديل المزكين .

قوله : (**وإذا استمهل ليأتي بدافع. . أمهل ثلاثة أيام**) لأنها مدة قريبة

---

(١) الأم (٨/ ١٤١) .

وَلَوِ ادَّعَى رِقَّ بَالِغٍ فَقَالَ : أَنَا حُرٌّ . . فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ ، . . . .

لا يعظم الضرر فيها ، ومقيم البينة يحتاج إلى مثلها ؛ للفحص عن الشهود .

وقيل : يوماً فقط ؛ لأنه قد يكون متعنّتاً .

وقضية كلامه : أنه لو أمهلها ثم ادعى جهة أخرى واستمهلها . . لا يجاب ، وهو كذلك .

وقضيته : وجوب الإمهال .

وقد ذكر الرافعي فيما إذا ادعى المكاتب الأداء وأنكر السيد وأراد العبد إقامة البينة : أنه يمهل ثلاثاً[١] .

وهل هو واجب أو مستحب ؟ وجهان .

وظاهر كلامه : إمهاله وإن لم يبين ما هو الدافع ، وقال الرافعي : فيما إذا أطلقه ينبغي أن يستفسر ؛ لأنه قد يتوهم ما ليس بدافع دافعاً إلا أن يعرف فقهه ومعرفته[٢] .

قوله : (ولو ادعى رق بالغ فقال : أنا حر . . فالقول قوله) أي : لموافقته الأصل ، وعلى المدعي البينة ؛ إذ ليس معه أصل يعتضد به ، سواء أكان المدعي استخدمه قبل ذلك وتسلط عليه أم لا ، وسواء أجرى عليه البيع مراراً وتداولته الأيدي أم لا ، نقله في « البحر » عن نص « الأم » ، قال : والأمة مثل العبد سواء[٣] .

وحكى فيما لو استخدمه صغيراً ولم يدع رقه حتى بلغ : وجهين ؛ **أحدهما** وبه قال أبو حامد : يحكم له به لليد ، وصححه القاضي الطبري ؛ لأنه في يده

---

(١) الشرح الكبير (١٣/ ٥٢٩) .

(٢) الشرح الكبير (١٣/ ١٦٢) .

(٣) الأم (٧/ ٥٦٣) .

أَوْ رِقَّ صَغِيرٍ لَيْسَ فِي يَدِهِ . . لَمْ تُقْبَلْ إِلاَّ بِبَيِّنَةٍ ، أَوْ فِي يَدِهِ . . حُكِمَ لَهُ بِهِ إِنْ لَمْ يَعْرِفِ اسْتِنَادَهَا إِلَى الْتِقَاطٍ ، فَلَوْ أَنْكَرَ الصَّغِيرُ وَهُوَ مُمَيِّزٌ . . فَإِنْكَارُهُ لَغْوٌ ، وَقِيلَ : كَبَالِغٍ ، . . . .

قبل البلوغ ، **والثاني** : أنه لا يقبل بعد البلوغ إلا ببينة ، وصححه الروياني[١] .

وعبر الشافعي والأصحاب في مسألة الكتاب ؛ بأن يقول : أنا حر الأصل[٢] ، فإنه لو قال : أعتقتني ، أو : أعتقني الذي باعني منك . . لم يقبل إلا ببينة وإن كان فيه دعوى الحرية ، **وظاهره** : تصديقه بلا يمين .

وفي « البحر » في (باب الإقرار) : وإذا حلف العبد . . فليس للسيد أن يرجع على بائعه بالثمن إلا أن يقيم العبد بينةً على حريته ، فيرجع[٣] .

وخرج بقوله : (**فقال** : **أنا حر**) : ما إذا قال : أنا عبد فلان ، فإن القول قول السيد ، نص عليه[٤] .

قوله : (**أو رق صغير ليس في يده . . لم تقبل إلا ببينة ، أو في يده . . حكم له به إن لم يعرف استنادها إلى التقاط**) أي : كما إذا ادعى الملك في دابة أو ثوب في يده ، وإن عرف استنادها إلى الالتقاط وهو في يده . . لم يحكم له إلا ببينة **في الأظهر** .

قوله : (**فلو أنكر الصغير وهو مميز . . فإنكاره لغو ، وقيل : كبالغ**) لأن عبارته ملغاة ، فيحكم له برقه **على الأصح** ولا أثر لإنكاره .

والثاني : أنه كالبالغ حتى يحتاج مدعي الرق إلى البينة .

---

(١) بحر المذهب (١٤/ ٤٦٦) .
(٢) الأم (٧/ ٥٦٣) .
(٣) بحر المذهب (٦/ ١٣٢ـ١٣٣) .
(٤) الأم (٧/ ٥٦٣) .

وَلاَ تُسْمَعُ دَعْوَى دَيْنٍ مُؤَجَّلٍ فِي الأَصَحِّ .

وعلى الأول : إذا بلغ وأنكر الرق . . **فالأصح** : استمراره حتى تقوم بينة بخلافه .

قوله : (**ولا تسمع دعوى دين مؤجل في الأصح**) لأنه لا يتعلق بها إلزام ومطالبة في الحال .

والثاني : تسمع ؛ ليثبت في الحال ويطالب به في الاستقبال .

والثالث : إن كان له بينة . . سمعت ؛ لغرض التسجيل بالثبوت المجرد عن الحكم عند خوف موت الشهود أو غيبته ونحوه ، وإلا . . فلا .

ومقتضى كلام ابن الرفعة : أن **الأصح** عند أكثر الأصحاب : الوجه الثالث[١] .

قال الزركشي : **وهو الأقرب** ، وهو يشبه ما تقدم من الشهادة على الشهادة عند خوف فوت الحق .

وعلى الثاني : يجيب بـ : لا يلزمني التسليم ، وهل له أن يقول : لا شيء على ؟ وجهان مبنيان على أن الدين المؤجل هل يوصف قبل الحلول بالوجوب أم لا ؟ هذا إذا كان الدين كله مؤجلاً .

فلو كان بعضه حالاً وبعضه مؤجلاً . . صحت الدعوى به ؛ كما قاله الماوردي ، قال : ويدعي بجميعه ؛ لاستحقاق المطالبة بالبعض ، ويكون المؤجل تبعاً[٢] .

واستشكله ابن أبي الدم[٣] والزركشي .

---

(١) كفاية النبيه (١٨/ ٤٣٢) .

(٢) الحاوي الكبير (٢١/ ٢٠٦) .

(٣) أدب القضاء (١/ ١٩٥ـ١٩٦) .

فصل

أَصَرَّ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ عَلَى السُّكُوتِ عَنِ جَوَابِ الْمُدَّعِي. . جُعِلَ كَمُنْكِرٍ نَاكِلٍ ، . . . .

ولو كان المؤجل في عقد قصد بدعواه تصحيح العقد ؛ كالسلم المؤجل . . سمعت دعواه ، قاله الماوردي أيضاً[1] .

(فصل)

[في جواب الدعوى وما يتعلق به]

(**أصر المدعى عليه على السكوت عن جواب المدعي**[2] . . **جعل كمنكر ناكل**) أي : عن اليمين فترد اليمين على المدعي .

وهذا إذا لم يكن به صمم ولا خرس .

أما الأصم والأخرس ؛ فإن كان له إشارة مفهمة . . فكالناطق ، وإن لم يكن . . قال في « الحاوي » : فكالغائب يجري عليه حكمه[3] .

وفي تعبير المصنف بالإصرار ما يقتضي : أن مجرد السكوت لا يفيد ذلك .

قال الإمام : وإذا سكت . . قال له القاضي : أجب فليس بك صمم ولا بكم ، وإن تمادى على سكوته . . جعل ذلك إنكاراً في حكم اليمين ثم تعرض اليمين ، وجعل التمادي على السكوت نكولاً عن اليمين إذا لم يظهر عنده سبب مسكت[4] .

---

(١) الحاوي الكبير (٢١/ ٢٠٦) .
(٢) كذا في (أ) و(ب) وفي « المنهاج » وسائر الشروح المطبوعة : (جواب الدعوى) .
(٣) الحاوي الكبير (٢١/ ٨٩) .
(٤) نهاية المطلب (١٨/ ٦٦٢) .

فَإِنِ ادَّعَى عَشَرَةً فَقَالَ : لاَ يَلْزَمُنِي الْعَشَرَةُ . . لَمْ يَكْفِ حَتَّى يَقُولَ : وَلاَ بَعْضُهَا ، وَكَذَا يَحْلِفُ ، فَإِنْ حَلَفَ عَلَى نَفْيِ الْعَشَرَةِ وَاقْتَصَرَ عَلَيْهِ . . فَنَاكِلٌ ، فَيَحْلِفُ الْمُدَّعِي عَلَى اسْتِحْقَاقِ دُونِ الْعَشَرَةِ بِجُزْءٍ وَيَأْخُذُهُ .

قوله : (فإن ادعى عشرةً فقال : لا تلزمني العشرة . . لم يكف حتى يقول : ولا بعضها ، وكذا يحلف) أي : لأن مدعي العشرة مدع لكل جزء منها ، ولا بد أن يطابق الإنكار واليمين دعواه ، وقوله : (لا تلزمني العشرة) إنما هو نفي لمجموعها ولا يقتضي نفي جزء منها ، فقد يكون له عشرة إلا حبةً .

ولو قال : لا يلزمني جميع ما يدعيه . . ففي « فتاوى البغوي » عن القاضي حسين[1] : أنه إقرار مجمل ، فيحبس ليبينهُ ، فإن لم يبين . . كان إنكاراً ، فإن لم يحلف . . حلف المدعي واستحق ما يدعيه .

قوله : (فإن حلف على نفي العشرة واقتصر عليه . . فناكل ، فيحلف المدعي على استحقاق دون العشرة بجزء ويأخذه) أي : يحلف أن لي عليه عشرة إلا دانقاً ؛ لأن يمينه تناولت العشرة بتمامها وهو ناكل عما دونها .

واحترز بقوله : (فإن حلف) : عما إذا نكل عن اليمين ، فليس للمدعي الحلف على البعض مطلقاً ، بل إن عرض القاضي على المدعى عليه اليمين على العشرة وعلى كل جزء منها . . فله الحلف على الكل وعلى البعض .

وإن عرضها على العشرة وحدها . . لم يكن له الحلف على البعض ؛ لأنه نكل عن عشرة والناكل عنها لا يكون ناكلاً عن تسعة ، بل يستأنف الدعوى للبعض الذي يريد الحلف عليه ، حكاه الرافعي عن « التهذيب »[2] ،

---

(١) راجع « فتاوى القاضي حسين » (ص : ٤٢٣ـ ٤٢٤) ، وفي (أ) : (ففي فتاوى القاضي حسين) . ولم أعثر عليه في « فتاوى البغوي » المطبوع .

(٢) الشرح الكبير (١٣/ ١٧٤) ، التهذيب (٨/ ٢٥٦) .

وَإِذَا ادَّعَى مَالاً مُضَافاً إِلَى سَبَبٍ خَاصٍّ ؛ كَـ : أَقْرَضْتُكَ كَذَا . . كَفَاهُ فِي الْجَوَابِ : لاَ تَسْتَحِقُّ عَلَيَّ شَيْئاً ، . . . .

وجزم به القاضي حسين .

وإنما يحلف المدعى على البعض إذا لم يسنده إلى عقد ، فإن أسنده ؛ كما لو قالت المرأة : نكحني بخمسين ، وطالبته به ونكل الزوج . . فلا يمكنها الحلف على أنه نكحها ببعض الخمسين ؛ لأنه يناقض ما ادعته أولاً وهو الخمسون ، كذا قاله الرافعي[١] .

وقال الزركشي : فيجب مهر المثل .

وفي « التحرير » عن « التعليقة » : أنها إذا أرادت الدعوى بما دونه . . استأنفت دعوى أخرى[٢] .

وقوله : (**بجزء**) **يشمل** : ما لا يتمول ؛ كحبة حنطة ، وبه صرح القاضي حسين ، قال : بخلاف ما لو أقر بمال . . فإنه يقبل تفسيره بمتمول .

قال الزركشي : وهو بناءً على صحة الدعوى به ، وفيه خلاف اقتضى كلام الرافعي في (الإقرار) ترجيح السماع ؛ لأنه يحرم أخذه ويجب رده ، فليصح طلبه[٣] .

(**وإذا ادعى مالاً مضافاً إلى سبب خاص ؛ كـ : أقرضتك كذا . . كفاه في الجواب : لا تستحق علي شيئاً**) أي : ولا يشترط التعرض لنفي تلك الجهة ؛ لأن المدعي قد يكون صادقاً في الإقراض وغيره ، وعرض ما أسقط الحق من أداء أو إبراء ، فلو نفى السبب أو اعترف به وادعى المسقط . . طولب ببينة قد

---

(١) الشرح الكبير (١٣/ ١٧٤) .
(٢) تحرير الفتاوي (٣/ ٧٣٢) .
(٣) الشرح الكبير (٥/ ٣٠١) .

أَوْ شُفْعَةً . . كَفَاهُ : لاَ تَسْتَحِقُّ عَلَيَّ شَيْئاً ، أَوْ : لاَ تَسْتَحِقُّ تَسَلُّمَ الشِّقْصِ ، وَيَحْلِفُ عَلَى حَسَبِ جَوَابِهِ هَذَا ، فَإِنْ أَجَابَ بِنَفْيِ السَّبَبِ الْمَذْكُورِ . . حَلَفَ عَلَيْهِ ، وَقِيلَ : لَهُ حَلِفٌ عَلَى النَّفْيِ الْمُطْلَقِ ، . . . .

يعجز عنها فقبل الإطلاق ؛ للضرورة ، **هذا هو المشهور** .

ويستثنى من إطلاقه : ما لو ادعى عليه وديعةً . . لا يكفي في الجواب : لا يلزمني دفع شيء إليك ؛ لأن المودع لا دفع عليه إنما يلزمه التخلية .

والجواب الصحيح : أن ينكر أصل الإيداع ، أو يقول : هلك في يدي ، أو : رددته ، حكاه الرافعي في آخر (الدعاوي) عن أبي عاصم العبادي[١] .

قوله : (أو شفعةً . . كفاه : **لا تستحق علي شيئاً** ، أو : **لا تستحق تسلم الشقص**[٢]) عبارة المحرر : لا تستحق عليّ منفعةً[٣] .

قال البلقيني : **الظاهر** : أنه لا يكتفى في الشفعة بقوله : لا تستحق علي شيئاً ؛ لأن الناس لا يعدون الشفعة مستحقةً على المشتري ؛ لأنها ليست في ذمته كالدين ، **فالجواب المعتبر** : لا شفعة لك عندي .

قال : ولما صرح في « المحرر » بالشفعة . . سومح في قوله : (علي) .

قوله : (**ويحلف على حسب جوابه هذا**) أي : ولا يكلف نفي السبب (**فإن أجاب بنفي السبب المذكور**) أي : فقال : ما أقرضتني ، أو : ما بعتني (. . **حلف عليه**) أي : ولا يكفي النفي المطلق ؛ لتُطابِق اليمين إنكاره .

(**وقيل : له حلف على النفي**[٤] **المطلق**) أي : لأنه لم يلزمه شيء ؛ كما

---

(١) الشرح الكبير (١٣/ ٢٩٢) .
(٢) وفي « المنهاج » وسائر الشروح المطبوعة : (تسليم الشقص) .
(٣) المحرر (٣/ ١٧١٤) .
(٤) وفي « المنهاج » وسائر الشروح المطبوعة : (له حلف بالنفي) .

وَلَوْ كَانَ بِيَدِهِ مَرْهُونٌ أَوْ مُكْرًىً وَادَّعَاهُ مَالِكُهُ . . كَفَاهُ : لاَ يَلْزَمُنِي تَسْلِيمُهُ ، فَلَوِ اعْتَرَفَ بِالْمِلْكِ وَادَّعَى الرَّهْنَ أَوِ الإِجَارَةَ . . فَالصَّحِيحُ : أَنَّهُ لاَ يُقْبَلُ إِلاَّ بِبَيِّنَةٍ ، فَإِنْ عَجَزَ عَنْهَا وَخَافَ أَوَّلاً إِنِ اعْتَرَفَ بِالْمِلْكِ جَحْدَهُ الرَّهْنَ وَالإِجَارَةَ . . . . .

لو أجاب في الابتداء بذلك .

وقضية **كلامه** : أنه إذا أجاب بالإطلاق . . ليس له الحلف على نفي السبب ، وليس كذلك ، بل لو حلف على نفيه بعد الجواب المطلق . . جاز ؛ كما نقله الرافعي والنووي عن البغوي[١] .

فائدة : حسب بفتح السين ، ويجوز إسكانها ؛ بمعنى : قدر الشيء ، قاله في « المحكم »[٢] ، وفي « العباب » عن الكسائي : أن التسكين ضرورة .

قوله : (ولو كان بيده مرهون أو مكرى وادعاه مالكه) أي : أو نائبه (. . كفاه) أي : في الجواب : (لا يلزمني تسليمه) أي : إليك ، ولا يجب التعرض للملك .

(فلو اعترف بالملك وادعى الرهن أو الإجارة . . فالصحيح : أنه لا يقبل إلا ببينة) قال في « التحرير » : لا يفهم منه أن مقابل **الصحيح** : قبول قوله بلا بينة بالنسبة إلى مدة الإجارة والدين المرهون به وقدره ، فإن ذلك لم يقل به أحد ، وإنما قبل قوله على هذا الوجه بالنسبة إلى عدم انتزاعه منه فقط[٣] .

قوله : (فإن عجز عنها وخاف أولاً إن اعترف بالملك جحده الرهن والإجارة[٤]) .

---

(١) الشرح الكبير (١٣/ ١٧٥ـ١٧٦) ، روضة الطالبين (٨/ ٣٠١) .
(٢) المحكم والمحيط الأعظم (٣/ ٢٠٦) .
(٣) تحرير الفتاوي (٣/ ٧٣٣) .
(٤) وفي بعض الشروح المطبوعة : (أو الإجارة) .

فَحِيلَتُهُ أَنْ يَقُولَ : إِنِ ادَّعَيْتَ مِلْكاً مُطْلَقاً . . فَلاَ يَلْزَمُنِي التَّسْلِيمُ ، وَإِنِ ادَّعَيْتَ مَرْهُوناً . . فَاذْكُرْهُ لأُجِيبَ ، وَإِذَا ادَّعَى عَلَيْهِ عَيْناً فَقَالَ : لَيْسَ هِيَ لِي ، أَوْ : لِرَجُلٍ لاَ أَعْرِفُهُ ، أَوْ : لابْنِي الطِّفْلِ ، أَوْ : وَقْفٌ عَلَى الْفُقَرَاءِ ، أَوْ : مَسْجِدِ كَذَا . . فَالأَصَحُّ : أَنَّهُ لاَ تَنْصَرِفُ الْخُصُومَةُ عَنْهُ وَلاَ تُنْزَعُ مِنْهُ ، بَلْ يُحَلِّفُهُ الْمُدَّعِي أَنَّهُ لاَ يَلْزَمُهُ التَّسْلِيمُ إِنْ لَمْ تَكُنْ بَيِّنَةٌ .

قال في « التحرير » : كان ينبغي تأخير قوله : (أولاً) عن قوله : (اعترف) أو عن قوله : (بالملك) فإن تقديمه يفهم تعلقه بـ(خاف) ولا معنى له(١) .

قوله : (. . فحيلته أن يقول : إن ادعيت ملكاً مطلقاً . . فلا يلزمني التسليم ، وإن ادعيت مرهوناً . . فاذكرْه لأُجيب) في « الحيلة » في ذلك وجهان : ما ذكره ، قاله القفال والفوراني ، **والثاني** واختاره القاضي حسين : لا يسمع الجواب المردود .

قال الإمام البلقيني : **هو الصحيح** ، والأولى لا حاجة إليها مع سبق الاكتفاء بجواب حازم ، وهو قول : لا يلزمني تسليمه .

قوله : (وإذا ادعى عليه عيناً فقال : ليس هي لي ، أو : لرجل(٢) لا أعرفه ، أو : لابني الطفل ، أو : وقف على الفقراء ، أو : مسجد كذا . . فالأصح : أنه لا تنصرف الخصومة عنه ولا تنزع منه ، بل يحلفه المدعي أنه لا يلزمه التسليم إن لم تكن بينة) .

أما في قوله : ليس هي لي . . **فلأن الظاهر** : أن ما في يده ملكه وما صدر

---

(١) تحرير الفتاوي (٣/ ٧٣٣) .

(٢) وفي « المنهاج » وسائر الشروح المطبوعة : (أو هي لرجل) .

. . . .

عنه ليس بمزيل ، ثم إن أقام المدعي بينةً . . أخذ ، وإن لم تكن له بينة . . حلفه أنه لا يلزمه التسليم .

وكذا فيما إذا أضاف إلى الطفل أو الوقف إن أقام بينةً . . أخذها ، وإلا . . حلف المدعى عليه أنه لا يلزمه تسليمها إذا كان هو قيم الطفل أو ناظر الوقف .

والثاني : تتصرف فيهما وتنزع من يده إذا قال : ليس هي لي ، عملاً بإقراره، ويحفظه الحاكم ؛ كالضال ، ولا سبيل إلى تحليف الولي ولا طفله .

قال الإمام البلقيني : **مقتضى كلامه** : أن قوله : ليست لي . . جواب كاف ، **والصواب** : أنه ليس بكاف ؛ لأنه ليس مضافاً للدعوى ، فيقال له : إن أصررت عليه . . صرت منكراً وجعلت بعد عرض اليمين عليك ناكلاً ، فيحلف المدعي ويحكم له .

ونازع في إثبات الخلاف في انصراف الخصومة عنه والانتزاع منه في قوله : (هي لرجل لا أعرفه) وقال : الذي ذكره ليس بجواب قطعاً ، فيستحيل انصراف الخصومة ، بل يقال له : إما أن تقر لمعروف أو نجعلك ناكلاً .

ويجوز أن يكون عنده برهن لازم أو إيداع وينسى ؛ يعني : فلا تنزع .

وإسناده إلى الطفل قاصر ، فإن المجنون والسفيه في حجره مثله ، فلو عبر بـ(محجور) . . كان أشمل .

ومنه يعلم أن قوله : (**وقف على الفقراء ، أو : مسجد كذا**) مقيد بأن يكون هو الناظر ، فإن كان النظر لغيره . . انصرفت الخصومة إليه .

وقال : **كلامه في قوله** : (**لابني الطفل**) **يقتضي** : إثبات خلاف في النزع ، ولم يقله أحد من الأصحاب فيما إذا كان الأب ولياً للطفل ، فإن لم يكن الأب أهلاً للولاية . . انتزع منه قطعاً .

وَإِنْ أَقَرَّ بِهِ لِمُعَيَّنٍ حَاضِرٍ تُمْكِنُ مُخَاصَمَتُهُ وَتَحْلِيفُهُ. . سُئِلَ ؛ فَإِنْ صَدَّقَهُ. . صَارَتِ الْخُصُومَةُ مَعَهُ ، وَإِنْ كَذَّبَهُ. . تُرِكَ فِي يَدِ الْمُقِرِّ ، وَقِيلَ : يُسَلَّمُ إِلَى الْمُدَّعِي ، وَقِيلَ : يَحْفَظُهُ الْحَاكِمُ إِلَى أَنْ يَظْهَرَ مَالِكُهُ .

وقال على تصحيحه[١] : إنه لا ينزع فيما إذا نسبه للوقف على الفقراء أو مسجد ؛ إن كان المقر المذكور ناظر الوقف. . فلا تنزع منه قطعاً ، وإلا. . تنزع منه قطعاً ، فإثبات الخلاف في ذلك غير مستقيم .

قوله : (وإن أقر به لمعين حاضر تمكن مخاصمته وتحليفه. . سئل ؛ فإن صدقه. . صارت الخصومة معه) أي : لصيرورة اليد له ، والخصومة إنما تدور بين متنازعين .

وقوله : (وصدقه) يفهم : أن كلامه في غير المحجور ، فإن أقر به لمحجور. . انصرفت الخصومة إلى وليه .

قوله : (وإن كذبه. . ترك في يد المقر) لأنا لا نعرف مالكه وهو في يد المقر ، فهو أولى بحفظه **(وقيل : يسلم إلى المدعي)** وعلله الرافعي بأن يده تستقر بالملك ظاهراً والإقرار الطارىء عارضه إنكار المقر له ، فسقط[٢] .

(وقيل : يحفظه الحاكم إلى أن يظهر مالكه)[٣] لأن من هو في يده قد اعترف بأنه ليس له ، والمقر له قد رده ، ومدعيه لا بينة له ولا يد ، فصار كالمال الضال .

وهذا قول ابن سريج ، وصححه في « التتمة » و« الكافي » و« الوجيز »

---

(١) أي : تصحيح المتن .

(٢) الشرح الكبير (٥/٢٨٨) .

(٣) وفي « المنهاج » وسائر الشروح المطبوعة : (يحفظه الحاكم لظهور مالك) .

وَإِنْ أَقَرَّ لِغَائِبٍ . . فَالأَصَحُّ : انْصِرَافُ الْخُصُومَةِ عَنْهُ ، وَيُوقَفُ الأَمْرُ حَتَّى يَقْدَمَ الْغَائِبُ ، فَإِنْ كَانَ لِلْمُدَّعِي بَيِّنَةٌ . . قُضِيَ بِهَا ، وَهُوَ قَضَاءٌ عَلَى غَائِبٍ ، فَيَحْلِفُ مَعَهَا ، وَقِيلَ : عَلَى حَاضِرٍ ، . . . .

و« البيان »[١] ، وعليه فللمدعي إقامة البينة على الملك .

قوله : (**وإن أقر لغائب**[٢] . . **فالأصح : انصراف الخصومة عنه ، ويوقف الأمر حتى يقدم الغائب**) أي : إذا لم يكن للمدعي بينة ؛ كما صرح به في « المحرر »[٣] لأن من في يده العين نفى أن يكون مملوكةً له ، فلا خصومة بينه وبين المدعي ؛ إذ لا خصومة إلا مع من يدعي الملك ، أو نائبه .

والثاني : لا ينصرف ، فإن لم تكن للمدعي بينة . . فله تحليف المدعى عليه على أنه لا يلزمه تسليمه إليه ، فإن نكل . . حلف المدعي وأخذ المال من يده ، ثم إذا عاد الغائب وصدق المقر . . رد المال عليه بلا حجة ؛ لأن اليد له بإقرار صاحب اليد ، ثم يستأنف المدعي الخصومة معه ، فإن أقام بينةً عليه . . أخذ المال أيضاً ، وهو قضاء على الحاضر **على الأصح** ، ولا يحتاج المدعي مع البينة إلى اليمين .

قوله : (**فإن كان للمدعي بينة . . قضي بها**) أي : للمدعي على القول بالانصراف ، وسلمت له العين (**وهو قضاء على غائب ، فيحلف معها**) أي : مع البينة ؛ كما مر في بابه[٤] ، (**وقيل : على حاضر**) أي : فلا يحتاج لليمين ؛ لأن الدعوى توجهت إليه فتوجه القضاء عليه ، وهو المنصوص في « الأم » و« المختصر » كما قاله في « البحر »[٥] .

---

(١) الوجيز (ص : ٥٠١) ، البيان (٧/ ١٦٥) ، (١٣/ ١٧٩) ، (١٣/ ٤٢٢) .
(٢) وفي « المنهاج » المطبوع : (وإن أقر به لغائب) .
(٣) المحرر (٣/ ١٧١٧) .
(٤) أي : في (باب القضاء على الغائب) .
(٥) بحر المذهب (١٤/ ٤٢٢ـ٤٢٥) ، الأم (٧/ ٥٦٦) ، مختصر المزني (ص : ٤٢٢) .

وَمَا قُبِلَ إِقْرَارُ عَبْدٍ بِهِ ؛ كَعُقُوبَةٍ . . فَالدَّعْوَى عَلَيْهِ ، وَعَلَيْهِ الْجَوَابُ ، وَمَا لاَ كَأَرْشٍ . . فَعَلَى السَّيِّدِ .

وفي « أصل الروضة » : أن محل الخلاف في الانصراف : ما إذا لم يقم المدعى عليه بينةً بأنها للغائب ، فإن أقامها . . انصرفت الخصومة عنه لا محالة ، وأن المدعي لو أقام بينةً والحالة هذه . . فلا بد له مع البينة من اليمين ، والقضاء قضاء على غائب بلا خلافٍ ، ولا يحكم للغائب بالملك بالبينة التي أقامها المدعى عليه سواء أشهدت بأنه في رهن المدعى عليه أو إجارته أم لا على **الأصح**[١] .

قوله : (وما قبل إقرار عبد به ؛ كعقوبة) أي : لآدمي (. . **فالدعوى عليه ، وعليه الجواب**) أي : فإنه يقبل إقراره في ذلك دون السيد ، وكذا الجناية عليه بما يوجب قصاصاً أو حداً يختص هو بطلبه والعفو عنه دون السيد ؛ كما قاله في « المهذب »[٢] .

قوله : (**وما لا كأرش . . فعلى السيد**) لأن إقرار العبد فيها لا يقبل ، بل على السيد ، **ويكون جوابه** : ما جنى عبدي ، أو : ما أعلمه جنى . . على الخلاف في يمينه ، فلو وجهت الدعوى على العبد . . فوجهان ، **ومقتضى كلام المصنف** : المنع .

وعليه هل للمدعي تحليفه ؟ إن قلنا : إن الأروش المتعلقة بالرقبة تتعلق بالذمة . . فلا إلزام في الحال ؛ كالدعوى بالدين المؤجل ، فإن سمعناها . . فله تحليف العبد ، فإن نكل وحلف المدعي اليمين المردودة لم يتعلق بالرقبة ؛

---

(١) روضة الطالبين (٨/ ٣٠٥) .

(٢) المهذب (٥/ ٦٧٥) .

. . . .

لأن اليمين المردودة . . كالبينة في حق المتداعيين ، والرقبة للسيد .

والثاني : وهو المذكور في « التهذيب » في مداينة العبيد : أنها مسموعة على العبد إن كان للمدعي بينة وإلا ؛ فإن قلنا : اليمين المردودة كالبينة . . سمعت أيضاً ؛ رجاء نكوله ، وإن جعلناها كالإقرار . . فلا[١] .

واستشكل الرافعي كلاً من الوجهين وقال : **المتجه** : سماعها لإثبات الأرش في ذمته ؛ تفريعاً على ما سبق ، وعدمُ السماع ؛ لتعلقها بالرقبة[٢] .

قال البلقيني : يخرج منه : أن **الأصح** : أن الدعوى بذلك لا تسمع على العبد ؛ لأن **الأصح** : أنه لا يتعلق بالذمة وأنه لا تسمع الدعوى بالمؤجل .

وقال : المتوجه : أن تسمع الدعوى عليه ؛ ليقر بالأرش فيتعلق بذمته أو ينكل فتردّ اليمين على المدعي فيحلف فيتعلق الأرش بذمته .

تنبيه : يَرِدُ على إطلاق المصنف عدمَ الدعوى على العبد بما لا يقبل إقراره به . . صحةُ الدعوى عليه بالقتل خطأً أو شبه عمد في محل اللوث ، ولا يقبل إقراره به ؛ لأن الولي يقسم وتتعلق الدية برقبة العبد ، صرح به الرافعي في الشرط الرابع من (كتاب القسامة)[٣] .

---

(١) التهذيب (٣/ ٥٦١) .
(٢) الشرح الكبير (١٣/ ١٨٨) .
(٣) الشرح الكبير (١١/ ٩) .

فصل

تُغَلَّظُ يَمِينُ مُدَّعٍ وَمُدَّعىً عَلَيْهِ فِيمَا لَيْسَ بِمَالٍ وَلاَ يُقْصَدُ بِهِ مَالٌ ، وَفِي مَالٍ يَبْلُغُ نِصَابَ زَكَاةٍ ، ....

(فصل)

[في كيفية الحلف ، وضابط الحالف]

(تغلظ يمين مدع ومدعى عليه فيما ليس بمال ولا يقصد به مال ، وفي مال يبلغ نصاب زكاة) لما روى الشافعي : أن عبد الرحمن بن عوف رأى قوماً يختلفون بين البيت والمقام فقال : أعلى دم ؟ قالوا : لا ، قال : فعلى عظيم من المال ؟ قالوا : لا ، فقال : لقد خشيت أن يَبْهَأ الناس بهذا البيت ، قال البيهقي ؛ يعني : يأنسوا به فتذهب هيبته من قلوبهم[١] .

قال أبو عبيد : يقال : بهأت الشيء : إذا أنست به حتى يسقط من قلبك[٢] ، ورواه الرافعي : يتهاون الناس ، وعطف بالرواية الأولى[٣] .

والمعنى فيه : أن اليمين موضوعة للزجر عن التعدي ، فشرع التغليظ مبالغةً وتأكيداً للردع ، فاختص بما هو متأكد في نظر الشرع ؛ كالدم والنكاح والطلاق والرجعة والإيلاء . وخص التغليظ في المال بما يبلغ نصاباً ؛ لأنه موصوف بالعظم في نظر الشرع ؛ فلذلك أوجب المواساة فيه .

وقيل : يختص بالزنا واللعان ، **وقيل** : يجري في كل قليل وكثير .

---

(١) السنن الكبير (٢٠٧٣٣) ، الأم (٨/ ٨٤) .

(٢) غريب الحديث (٤/ ٤٧٣) .

(٣) أي : قال : (ويروى : أن يَبْهأ الناس) . الشرح الكبير (١٣/ ١٩١) . وقال في « البدر المنير » (٧/ ٤٨٠) : (ووقع بدل « يبهأ » « يتهاون » ، وتبعه ابن الرفعة في كتابيه ولم أقف على شيء على من خرجها باللفظ المذكور) .

وَسَبَقَ بَيَانُ التَّغْلِيظِ فِي اللِّعَانِ ، وَيَحْلِفُ عَلَى الْبَتِّ فِي فِعْلِهِ ، وَكَذَا فِعْلُ غَيْرِهِ إِنْ كَانَ إِثْبَاتاً ، وَإِنْ كَانَ نَفْياً . . فَعَلَى نَفْيِ الْعِلْمِ .

ومقتضى كلامه : أن المال إذا بلغ نصاب أيّ زكاة كانت . . غلط فيه ، **وهو وجه شاذ** .

وعبارة « المحرر » : والكثير : ما يبلغ نصاب الزكاة عيناً أو قيمة[١] .

ومراده : النقدان ، وصرح به في « الروضة » و« أصلها »[٢] ، **والأصح** : استحباب التغليظ ، وأنه لا يتوقف على طلب الخصم .

قوله : (وسبق بيان التغليظ في اللعان) أي : بالزمان والمكان وحضور جمع[٣] .

ومن به مرض أو زمانة لا يغلظ عليه بالمكان لعذره ، وكذا الحائض ؛ إذ لا يمكنها اللبث في المسجد .

قال الرافعي : ولم يذكروا الجمع هنا ويشبه مجيئه في يمين تتعلق بإثبات حد أو دفعه كاللعان[٤] ، وصوَّب المصنف عدم اعتباره هنا[٥] .

ويغلظ أيضاً بزيادة الأسماء والصفات .

قوله : (ويحلف على البت في فعله ، وكذا فعل غيره[٦] إن كان إثباتاً ، وإن كان نفياً . . فعلى نفي العلم) يعني : أن من حلف على فعل نفسه يحلف

---

(١) المحرر (٣/ ١٧١٩) .
(٢) الشرح الكبير (١٣/ ١٩١) ، روضة الطالبين (٨/ ٣١٠) .
(٣) أي : في الفصل الثاني من (كتاب اللعان) عند قول المتن : (ويغلّظ بزمان . . .) إلخ .
(٤) الشرح الكبير (١٣/ ١٩٠) .
(٥) روضة الطالبين (٨/ ٣١٠) .
(٦) وفي (ب) : (« في فعله و » كذا في « فعل غيره ») .

وَلَوِ ادَّعَى دَيْناً لِمُوَرِّثِهِ فَقَالَ : أَبْرَأَنِي . . حَلَفَ عَلَى نَفْيِ الْعِلْمِ بِالْبَرَاءَةِ ، وَلَوْ قَالَ : جَنَى عَبْدُكَ عَلَيَّ بِمَا يُوجِبُ كَذَا . . فَالأَصَحُّ : حَلِفُهُ عَلَى الْبَتِّ .

على البت سواء كان يثبته أو ينفيه ؛ لأنه يعرف حاله .

فيقول في الإثبات : ولقد بعتك ، أو : اشتريت منك ، أو : آجرتك .

وفي النفي : والله ما بعت ولا آجرت .

وإن حلف على فعل غيره ؛ فإن كان إثباتاً ؛ كبيع وإتلاف . . حلف على القطع ؛ لأنه يسهل الوقوف عليه ، وإن كان نفياً . . حلف على نفي العلم ؛ لأن النفي المطلق يعسر الوقوف على سببه ؛ ولهذا لا تجوز الشهادة على النفي .

قوله : (ولو ادعى ديناً لمورثه فقال : أبرأني . . حلف على نفي العلم بالبراءة) أي : مما ادعاه ؛ لأنه حلف على فعل الغير ، وكذا إذا ادعى أنه استوفاه منه .

قوله : (ولو قال : جنى عبدك علي بما يوجب كذا . . فالأصح : حلفه على البت) أي : وإن نفى فعل غيره ؛ لأنه ينفي أرش الجناية عن رقبة عبده ، فاليمين عائدة إلى حقه ، وقياساً على البهيمة .

والثاني : يحلف على نفي العلم ؛ لتعلقه بفعل الغير ، ورجحه الإمام[١] وغيره ، وقطع به العراقيون وغيرهم من المراوزة ؛ كالجويني في « مختصره » والغزالي في « الخلاصة »[٢] والفوراني ، وتبع الرافعي في ترجيح الأول البغوي[٣] ، قاله الزركشي .

---

(١) نهاية المطلب (٦/ ١٤١) ، (١٨/ ٦٥٢ـ ٦٥٣) .

(٢) الخلاصة (ص : ٧٠٠) .

(٣) الشرح الكبير (١٣/ ١٩٦) ، التهذيب (٨/ ٢٤٩) .

قُلْتُ : وَلَوْ قَالَ : جَنَتْ بَهِيمَتُكَ . . حَلَفَ عَلَى الْبَتِّ قَطْعاً ، وَاللهُ أَعْلَمُ .

وَيَجُوزُ الْبَتُّ بِظَنٍّ مُؤَكَّدٍ يَعْتَمِدُ خَطَّهُ أَوْ خَطَّ أَبِيهِ ، . . . .

(**قلت : ولو قال : جنت بهيمتك . . حلف على البت قطعاً ، والله أعلم**) لأنه لا ذمة لها ، والمالك إنما يضمن ؛ لتقصيره في حفظها ، وهو يتعلق بنفس الحالف .

وما صرح به من القطع هو قضية كلام البغوي ، فإنه جعله دليلاً لما رجحه في مسألة العبد[1] ، لكن الإمام رمز إلى **وجه فيه** : أنه يحلف على نفي العلم[2] ؛ ولهذا عبر في « الوسيط » بالظاهر[3] ، قاله الزركشي .

قال : ولا يخفى أن التصوير فيما إذا كانت الدابة وحدها أو في يد المالك ، فإن كانت في يد مستأجر أو مستعير أو مودع أو غاصب وأتلفت . . فقد ذكر الأصحاب في (باب إتلاف البهائم) : أنه الضامن دون المالك ؛ لأن فعلها منسوب إلى ذي اليد ، **وعلى هذا** : فالدعوى عليه واليمين ، ويحلف على البت أيضاً .

قوله : (**ويجوز البت بظن مؤكد يعتمد خطه أو خط أبيه**) أي : ولا يشترط اليقين ، وهذا إذا وثق بدينه وأمانته ؛ كما قيده في (باب القضاء) وتقدم فيه : أنه لا يعتمد خط نفسه إلا إذا تذكره[4] ، **وهو المشهور فيهما** ، واتفقوا على أنه لو غلب على ظنه مجازفة أبيه فيما يكتبه . . لا يجوز أن يعتمد عليه في الحلف .

---

(١) التهذيب (٨/ ٢٤٩) .

(٢) نهاية المطلب (١٨/ ٦٥٣) .

(٣) الوسيط (٤/ ٣٥٩) .

(٤) أي : في قول المتن : (لم يعمل به ولم يشهد حتى يتذكر) ، وفي قول المتن بعده : (إذا وثق بخطه وأمانته) .

وَتُعْتَبَرُ نِيَّةُ الْقَاضِي الْمُسْتَحْلِفِ ، فَلَوْ وَرَّى أَوْ تَأَوَّلَ خِلاَفَهَا أَوِ اسْتَثْنَى بِحَيْثُ لاَ يَسْمَعُ الْقَاضِي . . لَمْ يَدْفَعْ إِثْمَ الْيَمِينِ الْفَاجِرَةِ .

وقال الماوردي : لا يجوز أن يدعي به عند الحاكم ويجوز أن يطالبه به[١] .

قوله : (وتعتبر نية القاضي المستحلف) لقوله صلى الله عليه وسلم : « **الْيَمِينُ عَلَى نِيَّةِ الْمُسْتَحْلِفِ** » . رواه مسلم[٢] ، وحملوه على الحاكم ؛ لأنه الذي له ولاية الاستحلاف .

والمعنى فيه : أنه لو اعتبر نية الحالف . . لبطلت فائدة الأيمان وضاعت الحقوق ، وسواء وافقه الحالف في المذهب أو خالفه ، مجتهداً كان الحالف أو مقلداً .

وخرج بقوله : (**القاضي**) : ما لو حلفه غيره من غريم أو زوجة ، فإن العبرة بنيته لا نية المستحلف ، وكذا لو حلف هو بنفسه ابتداءً ؛ كما في « زوائده »[٣] .

قوله : (**فلو ورى أو تأول خلافها أو استثنى بحيث لا يسمع القاضي . . لم يدفع إثم اليمين الفاجرة**) لأن اليمين شرعت ليهاب الخصم الإقدام عليها خوفاً من الله ، فلو صح تأويله . . لبطلت هذه الفائدة ، فإن كل شيء قابل للتأويل في اللغة .

فمن التورية أن يقول : ما له علي درهم ولا دينار ولا أقل من ذلك ولا أكثر ؛ **فدرهم** : قبيلة ، **ودينار** : رجل معروف .

---

(١) الحاوي الكبير (١٧/ ٤٦) دار الكتب العلمية .
(٢) صحيح مسلم (١٦٥٣/ ٢١) عن أبي هريرة رضي الله عنه .
(٣) روضة الطالبين (٨/ ٣١٦) .

. . . .

وما له قبلي ثوب ولا شقة ولا قميص ؛ **فالثوب** : الرجوع ، **والشقة** : البعد ، **والقميص** : غشاء القلب[١] .

أو يقول : لا يلزمني تسليم هذا المال إليه ، ويشير إلى المدعي ويضمر غيره .

والاستثناء أن يقول عقب اليمين : إن شاء الله ، إما سراً أو ينويه بقلبه .

وتنعقد اليمين في الكل على الحنث .

وفي « تعليق القاضي حسين » : أنه إذا استثنى لفظاً . . لا ينعقد بقلبه وينفعه باطناً في عدم الكفارة ، وحكاه الإمام عنه في التأويل أيضاً[٢] .

واحترز بقوله : (**بحيث لا يسمع القاضي**) : عما إذا سمع . . فإن اليمين لا تنعقد قطعاً ، ويعزره ويعيد عليه اليمين .

وكون التورية على خلاف قصد القاضي لا يدفع الإثم . . **مقيد بما** إذا لم يكن الحالف محقاً في الذي نواه ، فإن كان محقاً . . فالعبرة بنيته لا بنية القاضي .

فإذا ادعى أنه أخذ من ماله شيئاً بغير إذنه وسأل رده وكان إنما أخذه من دين له عليه ، فأجاب بنفي الاستحقاق فطلب المدعي يمينه بأنه لم يأخذ شيئاً من ماله بغير إذنه وكان القاضي يرى إجابته لذلك . . فللمدعى عليه أن يحلف أنه لم يأخذ من ماله شيئاً بغير إذنه وينويَ : بغير استحقاق ، ولا يأثم بذلك ، والعبرة هنا بنية الحالف المحق ، قاله البلقيني .

---

(١) وفي (أ) و(ب) : (غشاء الكلب) ، والتصحيح من الشروح الأخرى والمعاجم اللغوية .

(٢) نهاية المطلب (١٨/ ٦٥٥ـ٦٥٦) .

وَمَنْ تَوَجَّهَتْ عَلَيْهِ يَمِينٌ لَوْ أَقَرَّ بِمَطْلُوبِهَا لَزِمَهُ فَأَنْكَرَ . . حُلِّفَ ، . . . . .

ومقيد أيضاً ؛ بأن يكون التحليف بالله ، فإن حلفه بالطلاق والعتاق فحلف ووَرَّى . . تنفعه التورية ؛ لأنه ليس له التحليف بهما ، قاله المصنف في « شرح مسلم » .

وألاّ يكون ظالماً في نفس الأمر ، وفي « الشرح » المذكور ؛ أن التورية عند تحليف غير الحاكم وإن كان لا يحنث بها . . لا يجوز فعلها حيث يبطل بها حق المستحق بالإجماع[١] .

قوله : (ومن توجهت عليه يمين لو أقر بمطلوبها لزمه فأنكر . . حلف) **هذا ضابط الحالف** ، ودليله قوله صلى الله عليه وسلم : « **وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ** »[٢] .

وفي رواية : « **وَالْيَمِينُ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ** »[٣] .

وقوله : (**يمين**) سبق قلم ، **وصوابه** : **دعوى** ؛ كما عبر به في « المحرر » و« الشرحين » و« الروضة »[٤] .

وتخرج بالدعوى : عقوبات الله ؛ كحد الزنا والشرب ، فلا يجري فيه التحليف عندنا ؛ كما قاله في « البسيط » ؛ إذ لا دعوى فيهما .

---

(١) شرح صحيح مسلم (٦/ ١٢٠) .

(٢) أخرجه الدارقطني (ص : ٦٨٧) عن أبي هريرة رضي الله عنه ، والبيهقي في « الكبير » (٢١٢٤٣) عن ابن عباس رضي الله عنهما ، وبمعناه في « صحيح البخاري » (٤٥٥٢) ، و« صحيح مسلم » (١٧١١) عن ابن عباس رضي الله عنهما .

(٣) أخرجها البيهقي في « الكبير » (٢١٢٤٥) عن ابن عباس رضي الله عنهما ، وبمعناه في « صحيح البخاري » (٢٦٦٨) ، و« صحيح مسلم » (١٧١١/ ٢) عن ابن عباس رضي الله عنهما .

(٤) المحرر (٣/ ١٧٠٢) ، الشرح الكبير (١٣/ ٢٠٠) ، روضة الطالبين (٨/ ٣١٦) .

. . . .

وصوَّب السبكي في « الحلبيات » تعبير « المنهاج » وقال : قد تطلب اليمين من غير دعوى ؛ كما إذا طلب القاذف يمين المقذوف ، أو وارثه أنه ما زنى ؛ فإنه إذا ادعى وطلب اليمين أو طلبها من غير دعوى . . أجيب إلى تحليفه **على الصحيح** ، وله غرض في ألاّ يدعي الزنا حتى لا يكون قذفاً ثانياً ، لكن يحتاج أن يُتأوَّل (من توجهت عليه يمين) بمعنى : طلبت منه ، أو يقال : لَمَّا تقرر أن اليمين على المدعى عليه . . فتوجُّه الدعوى يقتضي توجه اليمين ؛ بمعنى : وجوبها ، فمعنى (توجهت) أي : وجبت ، وأما توجُّه الدعوى . . فإنه إلزامها ، لكن قوله من بعدُ : (فأنكر) غير متضح ؛ لأن الإنكار يكون بعد الدعوى لا بعد طلب اليمين ، إلا أن يريد أنه صمم على الإنكار . انتهى

وتمام الحكم في طلب القاذف التحليف : أنه إن حلف المقذوف . . أقيم الحد على القاذف ، وإن نكل وحلف القاذف . . سقط حد القذف ، ولا يثبت بحلفه حد الزنا على المقذوف .

واحترز بقوله : (لو أقر بمطلوبها . . لزمه) : عما إذا ادعى ديناً على ميت ، أو أنه أوصى له بشيء وللميت وصي ، فأنكر ولا بينة . . فإنه لا يحلف الوصي ؛ لأن المقصود من التحليف : أن يقر إن كان المدعى حقاً[1] ، والوصي لا يقبل إقراره بالدين والوصية .

وكذا لو أنكر الخصم وكالة الوكيل . . ليس للوكيل أن يحلفه على نفي العلم بالوكالة ؛ لأنه وإن اعترف بالوكالة لا يجب عليه التسليم إليه .

والمراد بهذا الضابط : الحالف في جواب الدعوى الأصلية .

---

(١) كذا في (أ) و(ب) ، وعبارة « النجم الوهاج » (١٠/ ٤٢٠) : (إن كان المدعى به حقاً) .

وَلاَ يُحَلَّفُ قَاضٍ عَلَى تَرْكِهِ الظُّلْمَ فِي حُكْمِهِ ، وَلاَ شَاهِدٌ أَنَّهُ لَمْ يَكْذِبْ .

وَلَوْ قَالَ مُدَّعىً عَلَيْهِ : أَنَا صَبِيٌّ . . لَمْ يُحَلَّفْ ، وَوُقِفَ حَتَّى يَبْلُغَ .

والغرض من ذلك : تعميم الحلف في كل مدعى عليه ، وهو لا يستفاد من عبارته .

ويَرِدُ على الضابط : حلف المدعي بعد نكول المدعى عليه ، وهو غير مطرد ، فقد استثني منه صور يذكر المصنف بعضها[١] .

قوله : (ولا يحلف قاض على تركه الظلم في حكمه ، ولا شاهد أنه لم يكذب) لارتفاع منصبهما عن التحليف ، وصرح في « المحرر » في هذا بالاستثناء[٢] ، قال الزركشي : **وفيه نظر** ؛ لأنه يخرج من قوله : (دعوى) ، وهذا لا تسمع فيه الدعوى ؛ كما عبر به المصنف في (باب القضاء)[٣] .

قوله : (ولو قال مدعى عليه : أنا صبي . . لم يحلف ، ووقف حتى يبلغ) أي : **على المشهور** وإن كان لو أقر بالبلوغ في وقت احتماله . . قبل .

وهذا مستثنى أيضاً ؛ لأن حلفه يثبت صباه وصباه يبطل يمينه ، ففي تحليفه إبطال تحليفه .

وظاهر عبارة « المحرر » : أنه لا يستثنى غيرهما[٤] ، وليس كذلك .

فمنه : ما لو علق الطلاق على شيء من أفعال المرأة ؛ كالدخول ، فادعت المرأة ذلك وأنكر الزوج . . فالقول قوله ، فلو طلبت المرأة تحليفه على أنه

---

(١) منها : قوله الآتي قريباً : (ولو قال مدعى عليه : أنا صبي . . لم يحلف) ، والذي قبله أيضاً .
(٢) المحرر (٣/ ١٧٢١) .
(٣) أي : في قول المتن : (ولو ادُّعِي على قاض جور في حكم . . لم تسمع) .
(٤) المحرر (٣/ ١٧٢١) .

وَالْيَمِينُ تُفِيدُ قَطْعَ الْخُصُومَةِ فِي الْحَالِ لاَ بَرَاءَةً ، فَلَوْ حَلَّفَهُ ثُمَّ أَقَامَ بَيِّنَةً . . حَكَمَ بِهَا ، وَلَوْ قَالَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ : قَدْ حَلَّفَنِي مَرَّةً فَلْيَحْلِفْ أَنَّهُ لَمْ يُحَلِّفْنِي . . مُكِّنَ فِي الأَصَحِّ ، . . . .

لا يعلم وقوع ذلك . . فإنه لا يحلف ، لكن إن ادعت وقوع الفرقة . . حلف على نفيها ، كذا نقله الرافعي في (تعليق الطلاق) عن القفال وأقره[(١)] .

ومنه : ما لو طلب الإمام من الساعي ما أخذه من الزكوات فقال : لم آخذ منهم . . فلا يمين عليه وإن كان لو أقر بالأخذ لزم ، حكاه شريح عن الأصحاب ، وذكر وجهاً باليمين .

قوله : (**واليمين تفيد قطع الخصومة في الحال لا براءةً ، فلو حلفه ثم أقام بينةً . . حكم بها**) لما رواه أبو داود عن ابن عباس : أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر رجلاً بعد ما حلف بالخروج من حق صاحبه[(٢)] . كأنه عرف كذبه ؛ كما رواه الإمام أحمد[(٣)] .

دل[(٤)] على أن اليمين لا توجب براءة الذمة .

وهذا إذا لم يتعرض وقت التحليف للبينة ، فإن كان قال حينئذ : لا بينة لي حاضرة ولا غائبة . . **فالأصح** : السماع ؛ كما تقدم[(٥)] .

قوله : (**ولو قال المدعى عليه : قد حلفني مرةً فليحلف أنه لم يحلفني . . مكن في الأصح**) لأن ما قاله محتمل غير مستبعد ، ولا يسمع مثل ذلك

---

(١) الشرح الكبير (٩/ ١٠٤) .

(٢) سنن أبي داود (٣٢٧٥) .

(٣) مسند أحمد (٢٧٣٩) .

(٤) وعبارة « النجم الوهاج » (١٠/ ٤٢٢) ، و« بداية المحتاج » (٤/ ٥٣٥) : (فدل) .

(٥) أي : في الفصل الثاني من (كتاب القضاء) عند قول المتن : (أو : لا بينة لي ، ثم أحضرها . . قبلت في الأصح) .

وَإِذَا نَكَلَ . . حَلَفَ الْمُدَّعِي وَقُضِيَ لَهُ ، وَلاَ يُقْضَى بِنُكُولِهِ ، . . . .

من المدعي ؛ لئلا يتسلسل .

والثاني : المنع ؛ لأنه لا يؤمن أن يدعي المدعي أنه حلفه على أنه ما حلفه ، وهكذا فيدور الأمر ولا ينفصل .

وعلى الأصح : لو نكل المدعي . . حلف المدعى عليه وتخلص ، ولو أراد أن يحلف يمين الأصل لا يمين التحليف المردودة عليه . . قال في « التهذيب » : ليس له ذلك إلا بعد استئناف الدعوى[١] .

قال ابن الرفعة : فإن أصر على ذلك . . حلف المدعي على الاستحقاق ، واستحق[٢] .

ومحل ما ذكره : ما إذا قال : حلفني عند قاض آخر أو أطلق ، أما إذا قال : عندك ؛ فإن ذكر القاضي ذلك . . لم يحلفه قطعاً ، وإلا . . حلفه ، ولا تنفعه إقامة البينة عليه **في الأصح** ؛ لأن القاضي متى تذكر حكمه . . أمضاه ، وإلا . . فلا يعتمد البينة .

قال الزركشي : ينبغي في صورة الإطلاق استفساره ؛ لأنه قد يظن أن التحليف فيما بينهما كتحليف الحاكم .

قوله : **(وإذا نكل . . حلف المدعي وقضي له ، ولا يقضى بنكوله)** يعني : إذا أنكر المدعى عليه واستحلف فنكل عن اليمين . . لم يقض عليه بالنكول ، ولكن ترد اليمين على المدعي ؛ فإذا حلف . . قضي له .

لما روى ابن عمر رضي الله عنهما : أن النبي صلى الله عليه وسلم رد اليمين

---

(١) التهذيب (٨/ ٢٥٦) .

(٢) كفاية النبيه (١٨/ ٤٠٥) .

وَالنُّكُولُ : أَنْ يَقُولَ : أَنَا نَاكِلٌ ، أَوْ يَقُولَ لَهُ الْقَاضِي : احْلِفْ ، فَيَقُولُ : لاَ أَحْلِفُ ، . . . .

على طالب الحق . رواه الدارقطني والحاكم وقال : صحيح الإسناد[١] .

ولأن النكول ؛ كما يحتمل أن يكون تحرزاً عن اليمين الكاذبة . . يحتمل أن يكون تورعاً عن اليمين الصادقة ، فلا يقضى به مع التردد والاحتمال .

فإن لم يعرف المدعي تحول اليمين إليه بنكول المدعى عليه . . عرَّفه القاضي ، وبين له أنه إن حلف . . استحق .

ولا خلاف في عدم القضاء على المدعي[٢] بالنكول إذا كان الحق لمعين ، فإن كان لغير معين ؛ كالفقراء في الوصية . . **فقيل** : يقضى عليه بالنكول ، **والصحيح** : أنه يحبس حتى يحلف أو يعطي .

قوله : (**والنكول : أن يقول : أنا ناكل ، أو يقول له القاضي : احلف ، فيقول : لا أحلف**) أي : لصراحتهما في الامتناع ابتداءً وجواباً ، ومن طريق أولى إذا قال : قل بالله ، فقال : لا أحلف ؛ ولهذا لم يختلفوا في أنه نكول .

وما جزم به في : (احلف) حكاه الرافعي عن الإمام ، وقال : إنه أوضح من قول البغوي : إنه ليس بنكولٍ[٣] ، قال الزركشي : وما قاله البغوي جزم به

---

(١) سنن الدارقطني (ص : ١٠٢٤) ، المستدرك (٤/ ١٠٠) ، وقال الحاكم : (صحيح الإسناد) . ولفظة : (والحاكم) غير موجودة في (أ) و(ب) ، وزدناها من « النجم الوهاج » (١٠/ ٤٠٥) ، (١٠/ ٤٢٤) ، و« بداية المحتاج » (٤/ ٥٣٦) وغيرهما من شروح « المنهاج » ، و« تحفة المحتاج إلى أدلة المنهاج » (٢/ ٥٩١) لابن الملقن ، ولا بد منها ؛ إذ الذي صححه هو الحاكم لا الدارقطني كما هو في المراجع المذكورة وغيرها . والله أعلم .

(٢) وفي (أ) : (المدعى عليه) .

(٣) الشرح الكبير (١٣/ ٢٠٩) ، التهذيب (٨/ ٢٥١) .

فَإِنْ سَكَتَ . . حَكَمَ الْقَاضِي بِنُكُولِهِ ، وَقَوْلُهُ لِلْمُدَّعِي : احْلِفْ . . حُكْمٌ بِنُكُولِهِ .

في « الكافي » ، قال الإمام : قوله : قل والله . . ليس أمراً جازماً ، ولكنه إبانة وقت الحلف[١] .

ولو قال : أتحلف ؟ فامتنع . . لم يكن نكولاً ؛ لأنه لم يأمره ، بل استفهمه ، جزم به القاضي والإمام[٢] ، وعزاه في « البسيط » للأصحاب .

وذكر الإمام وغيره : أنه إن صرح بالنكول . . فلا حاجة إلى حكم القاضي بنكوله[٣] ، وأفهمه كلام الكتاب ، لكن قال الزركشي : لكن الإمام في (باب الإقرار) حكاه وجهاً بعد أن صدر كلامه بأنه لا يتم إلا بالقضاء[٤] ، وقال : إن الماوردي حكى فيه وجهين[٥] .

قوله : (فإن سكت . . حكم القاضي بنكوله) أي : إن سكت بعد عرض اليمين عليه . . فلا بد من الحكم بالنكول ؛ ليرتب عليه رد اليمين ، وإنما يحكم به إذا لم يظهر كون السكوت لدهشة أو غباوة ونحوهما .

ويندب عرض اليمين عليه ثلاثاً .

قوله : (وقوله للمدعي : احلف . . حكم بنكوله) أي : قول القاضي للمدعي بعد امتناع المدعى عليه : احلف . . نازل منزلة قوله : حكمت بنكول المدعى عليه .

---

(١) نهاية المطلب (١٨/ ٦٦١) .
(٢) نهاية المطلب (١٨/ ٦٦١) .
(٣) نهاية المطلب (١٨/ ٦٦١_ ٦٦٢) .
(٤) نهاية المطلب (٧/ ٨٧ _ ٨٨) .
(٥) الحاوي الكبير (٢٠/ ٢٩٤_ ٢٩٥) .

وَالْيَمِينُ الْمَرْدُودَةُ فِي قَوْلٍ كَبَيِّنَةٍ ، وَفِي الأَظْهَرِ كَإِقْرَارِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ ، .

فلو أراد المدعى عليه الحلف بعد الامتناع وحكم القاضي بنكوله ، أو قوله للمدعي : احلف . . لم يجب إليه .

وإن أقبل على المدعي ؛ ليحلفه ، ولم يقل : احلف . . فهل هو كما لو قال : احلف ؟ فيه وجهان .

وإن لم يجر شيء من ذلك . . فله الحلف حتى لو هرب المدعى عليه قبل الحكم بنكوله .

وقيل : قبل عرض اليمين على المدعي . . لم يكن للمدعي أن يحلف اليمين المردودة ، وكان للمدعى عليه الحلف إذا عاد ، كذا أطلقه البغوي[1] وغيره .

قال الرافعي : **ومقتضاه** : التسوية بين التصريح بالنكول وبين السكوت حتى لا يمتنع من العود إلى اليمين في الحالين إلا بعد الحكم بالنكول أو بعد عرض اليمين على المدعي ، وأشار إلى احتمال في التصريح[2] .

قوله : (**واليمين المردودة في قول كبينة**) أي : لأن الحجة اليمين ، وقد وجدت منه .

ومقتضاه : أنه منصوص ، وليس كذلك ، بل مخرج ؛ كما قاله الروياني والبغوي[3] وغيرهما (**وفي الأظهر كإقرار المدعى عليه**) لأن بنكوله توصل إلى الحق ، فأشبه إقراره .

---

(١) التهذيب (٨/ ٢٥٢) .

(٢) الشرح الكبير (١٣/ ٢١٠) .

(٣) التهذيب (٨/ ٢٥٢) ، وراجع « بحر المذهب » (١١/ ١٣٢) .

فَلَوْ أَقَامَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ بَعْدَهَا بَيِّنَةً بِأَدَاءٍ أَوْ إِبْرَاءٍ. . لَمْ تُسْمَعْ ، فَإِنْ لَمْ يَحْلِفِ الْمُدَّعِي وَلَمْ يَتَعَلَّلْ بِشَيْءٍ. . سَقَطَ حَقُّهُ مِنَ الْيَمِينِ ، وَلَيْسَ لَهُ مُطَالَبَةُ الْخَصْمِ ، . . . .

قوله : (فلو أقام المدعى عليه بعدها بينة بأداء أو إبراء . . لم تسمع) أي : بناءً على أنها كالإقرار ؛ ولهذا أتى بالفاء ؛ لأنه قد يكون مكذباً لبينته بإقراره ، وإن قلنا بالأول . . سمعت ، كذا قاله الرافعي والنووي هنا[١] ، وقد صححا سماعها قبيل السبب الثالث من المرجحات[٢] .

وقال البلقيني : إنه **الأصح** ـ وعبر الزركشي بالصواب ـ ؛ لأنه إقرار تقديري لا تحقيقي ، والبينة شهدت بأمرٍ تحقيقي ، فيعمل بمقتضاها[٣] .

وقد حكى البغوي : البناء السابق عن شيخه القاضي ، ثم قال : وعندي أنها تسمع ، وإن قلنا : إن يمين الرد كالإقرار ؛ لأنه ليس بصريح إقرار[٤] .

قوله : (**فإن لم يحلف المدعي ولم يتعلل بشيء**) أي : أو قال : لا أريد الحلف (. . **سقط حقه من اليمين ، وليس له مطالبة الخصم**) أي : في هذا المجلس وغيره ، ويصير امتناعه كحلف المدعى عليه .

نعم ؛ إن كانت له بينة . . يمكّن من الدعوى **على الصحيح** في « الشرح الصغير » و« الروضة »[٥] .

وقيل : إذا عاد في مجلس آخر وادعى . . سمع ، ويحلف إن نكل المدعى

---

(١) الشرح الكبير (١٣/ ٢١١) ، روضة الطالبين (٨/ ٣٢٣ـ ٣٢٤) .
(٢) الشرح الكبير (١٣/ ٢٣٨) ، روضة الطالبين (٨/ ٣٣٨) .
(٣) إلى هنا هو قول البلقيني . راجع « تحرير الفتاوي » (٣/ ٧٥١) .
(٤) التهذيب (٨/ ٣٢٢) .
(٥) روضة الطالبين (٨/ ٣٢٤) ، وراجع « الشرح الكبير » (١٣/ ٢١٢) .

وَإِنْ تَعَلَّلَ بِإِقَامَةِ بَيِّنَةٍ أَوْ مُرَاجَعَةِ حِسَابٍ . . أُمْهِلَ ثَلاَثَةَ أَيَّامٍ ، وَقِيلَ : أَبَداً ،

عليه ، وعزاه الرافعي للعراقيين والروياني والهروي[١] .

وصرح الرافعي بأن مجرد الامتناع نكول وإن لم يصرح به ، وأنه لا يتوقف على الحكم به[٢] .

وقيل : لا يصير ناكلاً عن يمين الرد إذا لم يصرح بالنكول .

ورجح الماوردي : أنه لا يحكم عليه بالنكول وإن حكم على المنكر ، وفرق بأنه يتعلق بنكول المنكر حق لغيره ، وعلى هذا : له أن يحلف متى شاء ويستحق[٣] .

وشمل إطلاقه : ما لو سكت ، لكن في « تعليق البغوي » : لا تبطل دعواه ، بخلاف ما لو سكت المدعى عليه .

وقال المروزي في « تعليقه » : ليس له رد اليمين على المدعى عليه ؛ إذ اليمين المردودة لا ترد ؛ لأن ردها يؤدي إلى الدور .

قوله : (وإن تعلل بإقامة بينة أو مراجعة حساب . . أمهل) لأمر عمر رضي الله عنه في كتابه لأبي موسى بذلك . رواه الدارقطني[٤] .

قوله : (ثلاثة أيام) لأنها مدة قريبة في قواعد الشريعة ، وفي الزيادة عليها إضرار بالمدعى عليه (وقيل : أبداً) لأن اليمين حقه ، فله حقه إلى أن يشاء ؛ كالبينة .

---

(١) الشرح الكبير (١٣/ ٢١٢) ، وراجع « روضة الطالبين » (٨/ ٣٢٤) .
(٢) الشرح الكبير (١٣/ ٢٠٩) ، وراجع « روضة الطالبين » (٨/ ٣٢٢) .
(٣) الحاوي الكبير (٢٠/ ٢٩٤ـ ٢٩٥) .
(٤) سنن الدارقطني (ص : ١٠١٨) .

وَإِنِ اسْتَمْهَلَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ حِينَ اسْتُخْلِفَ لِيَنْظُرَ حِسَابَهُ. . لَمْ يُمْهَلْ ، وَقِيلَ : ثَلاَثَةً ، وَلَوِ اسْتَمْهَلَ فِي ابْتِدَاءِ الْجَوَابِ. . أُمْهِلَ إِلَى آخِرِ الْمَجْلِسِ ، . . . .

قال الزركشي : رجح الأول في « المحرر » ، ولم يرجح في « الشرحين »[١] ، والذي أورده جمهور العراقيين وغيرهم : الثاني ، وهو ظاهر نص « الأم »[٢] .

قوله : (**وإن استمهل المدعى عليه حين استخلف لينظر حسابه. . لم يمهل**) يعني : لا يمهل **على الأصح** إلا برضا المدعي ؛ لأنه مقهور محمول على الإقرار أو اليمين ، بخلاف المدعي فإنه مختار في طلب حقه وتأخيره .

(**وقيل : ثلاثة**) أي : للحاجة ، ولا يزاد عليها ؛ كيلا يتضرر المدعي .

واحترز بقوله : (**لينظر حسابه**) : عما إذا استمهل ليقيم البينة على دافع من أداء أو إبراء. . فإنه يمهل ثلاثاً .

قوله : (**ولو استمهل في ابتداء الجواب. . أمهل إلى آخر المجلس**) .

عبارة « المحرر » : (ذُكِرَ : أنه يمهل)[٣] ، ولم يجزم به ، وحكاه في « الروضة » و« أصلها » عن الهروي : إن شاء[٤] .

قال في « التحرير » : يعني : المدعى عليه ، وهو غير محتاج إليه ، فإنه ما استمهل إلا وهو يشاء ، وإن كان مراده : إن شاء المدعي. . فلا فائدة فيه ، وقال في « التعليقة »[٥] : إن شاء القاضي ، قال شيخنا : ما قاله الهروي

(١) المحرر (٣/ ١٧٢٣) ، الشرح الكبير (١٣/ ١٦٢) .
(٢) الأم (٨/ ٩٣) .
(٣) المحرر (٣/ ١٧٢٤) .
(٤) الشرح الكبير (١٣/ ٢١٤) ، روضة الطالبين (٨/ ٣٢٥) .
(٥) أي : التعليقة على الحاوي ؛ كما في « تحرير الفتاوي » (٣/ ٧٥٤) .

وَمَنْ طُولِبَ بِزَكَاةٍ فَادَّعَى دَفْعَهَا إِلَى سَاعٍ آخَرَ ، أَوْ غَلَطَ خَارِصٍ ، وَأَلْزَمْنَاهُ الْيَمِينَ فنكَلَ وَتَعَذَّرَ رَدُّ الْيَمِينِ . . فَالأَصَحُّ : أَنَّهَا تُؤْخَذُ مِنْهُ .

مخالف لما يظهر من كلام الشافعي وأصحابه ولمقتضى القواعد ، فإن الدعوى توجهت إليه فيحتاج إلى الجواب على الفور ، والإمهال إلى آخر المجلس توقيت لا دليل عليه[١] . انتهى

وجزم في « التنبيه » بأنه لا يلزم المدعي إنظاره[٢] ، وهو شامل لاستمهاله في الجواب وفي اليمين .

ونقل الزركشي عن ابن الرفعة : أن مقتضى ما ذكره صاحب « التهذيب » وغيره ؛ من إمهاله في اليمين ثلاثة أيام بعد إنكاره للحق . . أن يمهل هنا أيضاً[٣] .

قوله : (ومن طولب بزكاة فادعى دفعها إلى ساع آخر أو غلط خارص وألزمناه اليمين فنكل وتعذر رد اليمين . . فالأصح : أنها تؤخذ منه) يعني : من طولب بزكاة فادعى مسقطاً ؛ كدفع لساع ، واتهمه الساعي وقلنا : إنه يحلف وجوباً ، فنكل وتعذر رد اليمين على السلطان أو الساعي فيما إذا لم ينحصر المستحقون في البلد ، أو انحصروا وجوزنا النقل . . ففيما يفعل أوجه ؛ **أصحها** : أنها تؤخذ منه ؛ للحاجة ، قال الأكثرون : ليس حكماً بالنكول ، لكن قضية ملك النصاب ومضي الحول : الوجوب ، فإذا لم يثبت دافع . . أخذنا الزكاة بمقتضى الأصل .

والثاني : لا يطالب بشيء ؛ إذ لم تقم عليه حجة .

---

(١) تحرير الفتاوي (٣/ ٧٥٤) .

(٢) التنبيه (ص : ١٥٥) .

(٣) كفاية النبيه (١٨/ ٢٣٧) ، وفيه : (« المهذب ») بدل « التهذيب » .

وَلَوِ ادَّعَى وَلِيُّ صَبِيٍّ دَيْناً لَهُ فَأَنْكَرَ وَنَكَلَ . . لَمْ يُحَلَّفِ الْوَلِيُّ ، وَقِيلَ : يُحَلَّفُ ، وَقِيلَ : إِنِ ادَّعَى مُبَاشَرَةَ سَبَبِهِ . . حُلِّفَ .

وثالثها : يحبس حتى يقر أو يحلف .

ومراد المصنف بإيراد المسألة : أنه قد يتعذر رد اليمين فيقضى بنكول المدعى عليه عند ابن القاص .

ولو عدل عن هذا المثال إلى مثال الجزية وهو ما إذا قال : أسلمت قبل تمام السنة ، وقال العامل بعد تمامها لكان التفريع فيه جارياً **على الأصح** ، فإن **الأصح** : أنه يحلف إيجاباً وأنه إذا نكل . . يقضى عليه بالجزية .

قوله : (ولو ادعى ولي صبي ديناً له فأنكر ونكل . . لم يحلف الولي) يعني : لا ترد اليمين عليه ؛ **لأن إثبات الحق للإنسان بيمين غيره مستبعد فيوقف** للبلوغ .

(وقيل : يحلف) أي : ترد عليه ؛ لأنه المستوفي والصبي ليس أهلاً لليمين .

(وقيل : إن ادعى مباشرة سببه . . حلف) مراده : إن ادعى ثبوته بسبب باشره بنفسه . . رُدَّت عليه ، وإلا . . فلا ، ورجحه أبو الحسن العبادي ، وبه أجاب السرخسي في « الأمالي » .

قال الزركشي : والصواب : ترجيحه ، فقد نقله الرافعي في (الصداق) عن الأصحاب[١] ، ونص عليه الشافعي في « الأم »[٢] .

وموضع الخلاف : إذا لم يبلغ الصبي قبل الحلف ، فإن بلغ . . حلف ،

---

(١) الشرح الكبير (٨/ ٣٣٧ـ٣٣٨) .
(٢) الأم (٦/ ١٨٥) .

فصل

ادَّعَيَا عَيْناً فِي يَدِ ثَالِثٍ وَأَقَامَ كُلٌّ مِنْهُمَا بَيِّنَةً . . سَقَطَتَا ، . . . .

ولا يحلف الولي بلا خلاف ؛ كما نقله الرافعي هناك[١] عن البغوي[٢] ، ويجيء هنا مثله .

فرع : من مات ولا وارث له وادعى القاضي أو منصوبه ديناً له على رجل وجده في تذكرته فأنكر المدعى عليه ونكل . . **فالأصح** : أنه لا يقضى بالنكول بل يحبس ؛ ليحلف أو يقر .

(فصل)

[في تعارض البينتين]

(ادعيا عيناً في يد ثالث وأقام كل منهما بينةً . . سقطتا) .

اعلم : أنه إذا ادعيا ذلك وليس لواحدٍ منهما بينة . . يحلف المدعى عليه يميناً لكل واحدٍ منهما إن ادعاها لنفسه ، وإن أقام أحدهما بينةً على ما يدعيه . . قضي له ، فإن أقام كل واحدٍ بينةً . . فقولان ؛ **أظهرهما** : أنهما يتساقطان ؛ لأنهما متناقضتا الموجب ولا ترجيح فأشبه[٣] الدليلين إذا تعارضا ولا مرجح ، **فعلى هذا** : كأنه لا بينة ويصار إلى التحليف .

ونسب للقديم ، وجعله الرافعي مما يفتى به على القديم[٤] .

---

(١) أي : في (كتاب الصداق) .

(٢) الشرح الكبير (٨/٣٣٨) .

(٣) كذا في (ب) و« بداية المحتاج » (٤/٥٣٩) ، وفي (أ) : (فأشبها) وكذا في « النجم الوهاج » (١٠/٤٣١) .

(٤) الشرح الكبير (١٣/٢١٩) .

وَفِي قَوْلٍ : تُسْتَعْمَلاَنِ ، فَفِي قَوْلٍ : تُقْسَمُ ، وَفِي قَوْلٍ : يُقْرَعُ ، . . . . . .

قال الزركشي : وليس كذلك ، فقد حكاه البندنيجي عن نص « الأم » و« البويطي »[١] .

قوله : (**وفي قول : تستعملان**) أي : صيانةً لهما عن الإسقاط بقدر الإمكان ، **فعلى هذا** : تنزع العين ممن هي في يده ؛ لاتفاق البينتين على أنها ليست له ، ثم **قيل** : القولان فيما إذا لم يتكاذب البينتان صريحاً ؛ بألاّ يمكن الجمع بتأويل ، وإن تكاذبتا . . سقطتا قطعاً ، **والأشهر** : طردهما في الحالين ، وإن أمكن الجمع . . فليس تكاذباً .

ثم شرع المصنف في كيفية الاستعمال فقال :

(**ففي قول : تقسم**) أي : تجعل بينهما نصفين ؛ لما روى أبو داود والحاكم عن أبي موسى : أن رجلين اختصما إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم في بعير فأقام كل واحدٍ منهما بينةً أنه له فجعله النبي صلى الله عليه وسلم بينهما[٢] .

قوله : (**وفي قول : يقرع**) أي : ويأخذها من خرجت قرعته ؛ لما روى أبو داود في « المراسيل » والشافعي في « القديم » عن سعيد بن المسيب : أن خصمين أتيا إلى النبي صلى الله عليه وسلم ، وأتى كل واحدٍ منهما بشهود ، فأسهم بينهما ، وقضى لمن خرج السهم له[٣] .

وفي احتياجه إلى يمين قولان ؛ **أحدهما** : لا ، والقرعة مرجحة لبينته ، **والثاني** : نعم ، والقرعة تجعل أحدهما أحق باليمين ، فيحلف أن شهوده

---

(١) الأم (٥٦٨/٧) ، مختصر البويطي (ص : ٩٨٠) .

(٢) سنن أبي داود (٣٦١٣) ، المستدرك (٩٥/٤) .

(٣) المراسيل (٣٩٨) .

وَفِي قَوْلٍ : تُوقَفُ حَتَّى يَتَبَيَّنَ أَوْ يَصْطَلِحَا .

شهدوا بالحق ثم يقضى له .

قال البلقيني : **الذي في « الأم » يقتضي** : تصحيح الحلف[١] ؛ لأنه اقتصر عليه ولم يحك غيره واحتج له .

وفي « التوشيح » : **الذي يظهر** : ترجيح التحليف .

قوله : (**وفي قول : توقف حتى يتبين أو يصطلحا**) لأن إحداهما كاذبة بزعم كل منهما ، فتوقف ؛ كما لو زوجها وليان مرتباً ونسي السابق .

ولم يرجح الرافعي والنووي شيئاً من أقوال الاستعمال[٢] ، **والراجح** : الوقف ؛ كما يقتضيه كلام الجمهور ، وجزم به الرافعي في (باب التحالف) ، قاله الزركشي والإسنوي[٣] .

وقال البلقيني : ظهر من كلام الشافعي في الجديد والقديم : أن القول بالقرعة **أصح** من القول بالقسمة .

وأجاب القائلون بالتساقط عن الحديث ؛ بأن أبا داود روى أيضاً : ولا بينة لهما[٤] ، وبأنه يحتمل أن يكون المدّعى به في أيديهما فأبطل البينتين وقسم بينهما ، وعن مرسل سعيد ؛ بأنه يحتمل أن يكون التنازع في عتق أو قسمة .

وهذا كله إذا لم يقر صاحب اليد لأحدهما قبل إقامة البينتين ، فإن أقر له قبل إقراره وصار المقر له صاحب يد أو بعدها . . حكم للمقر له بالملك .

---

(١) راجع « الأم » (٧/٥٩٨ ، ٦٠٢) .

(٢) الشرح الكبير (١٣/ ٢١٩ـ ٢٢١) ، روضة الطالبين (٨/ ٣٢٩) .

(٣) المهمات (٩/ ٤١٢) ، الشرح الكبير (١٣/ ٢٢١ـ ٢٢٢) .

(٤) سنن أبي داود (٣٦١٦) عن أبي هريرة رضي الله عنه .

وَلَوْ كَانَتْ فِي يَدِهِمَا وَأَقَامَا بَيِّنَتَيْنِ . . بَقِيَتْ كَمَا كَانَتْ ، وَلَوْ كَانَتْ فِي يَدِهِ وَأَقَامَ غَيْرُهُ بِهَا بَيِّنَةً وَهُوَ بَيِّنَةً . . قُدِّمَ صَاحِبُ الْيَدِ ، . . . .

قوله : (ولو كانت في يدهما وأقاما بينتين . . بقيت كما كانت) أي : في أيديهما ؛ تفريعاً **على الصحيح** ـ وهو التساقط ـ إذ لا مستحق لها غيرهما وليس أحدهما بأولى من الآخر .

وإن قلنا : تستعملان . . فعلى قول القسمة : يجعل بينهما ، ولا يجيء قول الوقف ؛ إذ لا معنى للوقف مع ثبوت اليد ، وفي مجيء قول القرعة وجهان ، هذه طريقة الفوراني والغزالي[١] .

والثانية وبها قال ابن الصباغ والبغوي : يجعل المال بينهما ؛ لأن بينة كل واحدٍ منهما ترجحت فيما بيده ، ولا تجيء الأقوال ؛ لأن محلها : إذا خلت البينتان عن الترجيح .

والحاصل للفتوى من الطريقين : بقاء المال في يدهما كما كان .

ومحل الخلاف : أن تشهد كل بينة بجميع العين لصاحبها ، فأما إذا شهدت بالنصف الذي هو في يد صاحبه . . فالبينتان لم يتواردا على شيء واحدٍ ولا يجيء قول التعارض ، فيحكم القاضي لكل منهما بما في يد صاحبه ، ويكون المال في يدهما أيضاً كما كان ، لكن لا بجهة التساقط ولا بالترجيح باليد .

قوله : (ولو كانت في يده وأقام[٢] غيره بها بينةً وهو بينةً . . قدم صاحب اليد) أي : تقدم بينته من غير يمين **على الأصح** ، ويقضى له بها بلا خلاف ؛ كما قاله في « الذخائر » .

---

(١) راجع « الوسيط » (٤/ ٣٦٣ـ ٣٦٤) .

(٢) كذا في (أ) و(ب) ، و« عمدة المحتاج » . وفي باقي نسخ الشروح التي بأيدينا و« المنهاج » : (ولو كانت بيده فأقام) .

وَلاَ تُسْمَعُ بَيِّنَتُهُ إِلاَّ بَعْدَ بَيِّنَةِ الْمُدَّعِي .

لما روى الدارقطني والبيهقي : أن رجلين تداعيا دابةً وأقام كل واحدٍ منهما بينةً أنها دابته فقضى بها رسول الله صلى الله عليه وسلم للذي هو في يده[١] .

ولأنهما استويا في إقامة البينة وترجحت بينته بيده ، فيحكم له ؛ كما لو انفرد باليد ولا بينةَ .

ومحل تقديمه : ما إذا لم يقل الخارج : اشتريته منك ، فإن قال ذلك وأقام عليه بينةً . . قدمت بينة الخارج ؛ كما سيأتي[٢] .

وفي معناه : ما إذا أقام الخارج بينةً بأن الداخل غصبه منه أو استعاره أو استأجره .

واقتضى إطلاقه : أنه لا يشترط في سماع بينة صاحب اليد أن يبين سبب الملك من شراء أو إرث ونحوه ، وأنه لا يشترط في سماع بينة الخارج أيضاً ، **وهو الأصح فيهما** .

ولا فرق في ترجيح بينة صاحب اليد بين أن يبين سبب الملك أو يطلق .

ولو تعرضت[٣] للسبب . . فلا فرق بين أن يتفق السببان أو يختلفا ، ولا بين أن يسند الملك إلى شخص أو إلى شخصين .

وفيما إذا أسندت إلى شخص . . **وجه** : أنهما يتساويان .

قوله : (ولا تسمع بينته إلا بعد بينة المدعي) لصاحب اليد في إقامة البينة **أحوال** :

---

(١) سنن الدارقطني (ص : ١٠٢٠ـ ١٠٢١) ، السنن الكبير (٢١٢٦٥) عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما .

(٢) أي : آنفاً في قول المتن : (ولو قال الخارج . . .) إلخ .

(٣) قوله : (تعرضت) أي : البينة .

وَلَوْ أُزِيلَتْ يَدُهُ بِبَيِّنَةٍ ثُمَّ أَقَامَ بَيِّنَةً بِمِلْكِهِ مُسْتَنِداً إِلَى مَا قَبْلَ إِزَالَةِ يَدِهِ وَاعْتَذَرَ بِغَيْبَةِ شُهُودِهِ . . سُمِعَتْ وَقُدِّمَتْ ، وَقِيلَ : لاَ .

أحدها : أن يقيمها قبل أن يدعي عليه ، فلا تسمع على **المذهب** ؛ لأن الحجة إنما تقام على خصم ، **وقيل** : تسمع ؛ لغرض التسجيل .

الثاني : بعد الدعوى وقبل إقامة الخارج البينة . . **والصحيح أيضاً** : عدم سماعها ؛ لأن الأصل في جانبه : اليمين ، فلا يعدل عنها ما دامت كافيةً .

الثالث : بعد إقامة المدعي بينته ، وقبل تعديلها . . **فالأصح** : سماعها ؛ لتعرض يده للزوال ، فتمس الحاجة إلى تأكيدها .

ورجح البلقيني عدم السماع وقال : إنه مقتضى نص « الأم » .

الرابع : بعد تعديلها قبل القضاء ، فتسمع قطعاً .

وعبارة المصنف تشمل : الثالث والرابع بالسماع ، والأولَ والثانيَ بعدمه .

قوله : (**ولو أزيلت يده ببينة ثم أقام بينةً بملكه مستنداً إلى ما قبل إزالة يده واعتذر بغيبة شهوده . . سمعت وقدمت ، وقيل : لا**) أشار إلى **حالين آخرين** :

أحدهما : ألاّ يقيمها حتى يقضيَ القاضي ويُسلِّمَ المال إليه ، فإن أسند الملك إليه قبل إزالة يده ؛ أي : واستدامته إلى وقت الدعوى ؛ كما قاله الإمام[١] ، واعتذر بغيبة الشهود ونحوها . . ففي سماع بينته وتقديمها باليد المزالة بالقضاء وجهان ؛ **أحدهما** : المنع ؛ لأن تلك اليد مقضي بزوالها ، فلا ينقض القضاء ، **وأصحهما** : سماعها وينقض القضاء الأول ؛ لأنها إنما أزيلت

---

(١) نهاية المطلب (١٩/ ٩٦ـ٩٩) .

وَلَوْ قَالَ الْخَارِجُ : هُوَ مِلْكِي اشْتَرَيْتُهُ مِنْهُ ، فَقَالَ : بَلْ مِلْكِي ، وَأَقَامَا بَيِّنَتَيْنِ.. قُدِّمَ الْخَارِجُ ، . . . .

لعدم الحجة ، وقد ظهرت الحجة .

والحال الثاني : أن يقيمها بعد القضاء للمدعي وقبل التسليم إليه ، فوجهان مرتبان ، وأولى بالسماع ؛ لبقاء اليد حساً .

وقوله : (**أزيلت يده**) يشملها ؛ لأنه يعم زوالها حساً وحكماً .

واحترز بقوله : (مسنداً)[١] عما لو شهدت بملك غير مسند.. فإنها لا ترجح ؛ لأنها بينة خارجة ، قاله الإمام[٢] .

واستشكله ابن الأستاذ بأن زوال اليد معلوم ، وقد حصل بقيام البينة الملك فالترجيح حاصل ، **والأصل** : عدم غيره ، قال الزركشي : **وهو ظاهر** .

واحترز بقوله : (**ببينة**) : عما لو أزيلت بقضية نكوله وحلف المدعي.. فإنها لا تسمع .

وقضية قوله : (**واعتذر بغيبة شهوده**) : اشتراط ذلك للسماع ، ولم يتعرض له جماعة في التصوير .

وعلى مقتضاه : فلا ينبغي الحصر فيه ؛ كما تقتضيه عبارته بـ(لو) ، لو ادعى الجهل بالبينة أو أنها هل تسمع منه مع حضورها ؟ **الظاهر** : أن الحكم كذلك ، قاله الزركشي .

قوله : (**ولو قال الخارج** : **هو ملكي اشتريته منه**[٣] ، **فقال** :) أي : الداخل (**بل ملكي** ، **وأقاما بينتين** . **قدم الخارج**) أي : قدمت بينة الخارج لزيادة

---

(١) كذا في (أ) و(ب) : (مسنداً) .

(٢) نهاية المطلب (١٩/ ٩٧) .

(٣) وفي « المنهاج » وسائر الشروح المطبوعة : (اشتريته منك) .

وَمَنْ أَقَرَّ لِغَيْرِهِ بِشَيْءٍ ثُمَّ ادَّعَاهُ. . لَمْ تُسْمَعْ إِلاَّ أَنْ يَذْكُرَ انْتِقَالاً ، وَمَنْ أُخِذَ مِنْهُ مَالٌ بِبَيِّنَةٍ ثُمَّ ادَّعَاهُ. . لَمْ يُشْتَرَطْ ذِكْرُ الانْتِقَالِ فِي الأَصَحِّ .

علمها بالانتقال ، ولو أطلقت بينة الخارج الملك وقالت بينة الداخل : اشتراه منه. . قدم الداخل ؛ لأنه عند الإطلاق مقدم فههنا أولى ، ولا تزال يده قبل إقامته البينة **على الصحيح** ؛ لأن البينة إذا كانت حاضرةً. . فالتأخير إلى إقامتها سهل ، فلا معنى للانتزاع والرد .

نعم ؛ لو زعم أن بينته غائبة. . لم يتوقف ، بل يؤمر في الحال بالتسليم ، ثم إن أثبت ما يدعيه. . استرد .

وهذه تعلم مما ذكره المصنف من باب أولى .

قوله : (**ومن أقر لغيره بشيء ثم ادعاه. . لم تسمع إلا أن يذكر انتقالاً**) أي : من المقر له ؛ لأنه مؤاخذ بإقراره المتقدم ، فإن من أقر أمس. . يطلب منه اليوم ، ويستصحب ما أقر به إلى أن يثبت الانتقال ، **هذا هو المشهور** .

قوله : (**ومن أُخِذَ منه مال ببينة ثم ادعاه. . لم يشترط ذكر الانتقال في الأصح**) إلحاقاً له بالأجنبي ، فإنه إذا أقام بينةً مطلقةً. . سمعت قطعاً ؛ كما تسمع بينة الداخل بعد انتزاع العين من يده ، وعزاه الإمام للأكثرين[1] .

والثاني : لا بد من ذكر من تلقّى منه مؤاخذةً له بالبينة ؛ كما لو أقر .

وهذه من صور قوله : (**ولو أزيلت يده ببينة**) **فكان الأحسن** : أن يذكرها عقبها .

وهل يكفي في دعوى التلقي أن يقول : انتقل إلي منه بسبب صحيح ، أم لا بد من بيان السبب ؟

---

(١) نهاية المطلب (١٨/ ٩٩) .

وَالْمَذْهَبُ : أَنَّ زِيَادَةَ عَدَدِ شُهُودِ أَحَدِهِمَا لاَ تُرَجِّحُ ، وَكَذَا لَوْ كَانَ لأَحَدِهِمَا رَجُلاَنِ ؛ أَيْ : وَلِلآخَرِ رَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ ، . . . .

قال القاضي أبو سعد[(١)] : أفتى فيها فقهاء همدان بالسماع ؛ كما لو عينوا السبب ، وكذا أفتى الماوردي والقاضي أبو الطيب ، **وميلي**[(٢)] **إلى أنها** لا تسمع ما لم يبينوا ، وهي طريقة القفال وغيره ؛ لأن أسباب الانتقال مختلف فيها بين أهل العلم .

قوله : (**والمذهب : أن زيادة عدد شهود أحدهما لا ترجح**) أي : بل يتعارضان ؛ لكمال الحجة في الطرفين .

وعبارته تقتضي : ترجيحَ القطع بذلك وحملَ القديم على حكاية مذهب الغير ، وحكاه الماوردي عن الأكثرين[(٣)] .

ورجح الرافعي طريقة القولين ؛ **الجديد** : أنه لا ترجيح ، **والقديم** : يرجح جانب من زاد عدد شهوده ؛ لأن القلب إلى قولهم أميل ، ولو اختصت إحدى البينتين بزيادة ورع أو فقه . . جرى الطريقان ؛ قاله الرافعي[(٤)] .

قوله : (**وكذا لو كان لأحدهما رجلان ؛ أي : وللآخر**[(٥)] **رجل وامرأتان**) أي : يجري الطريقان ، **والمذهب** : عدم الترجيح ؛ لقيام الحجة بكل واحدٍ منهما بالاتفاق ، **والثاني** : طرد القولين ، حكاه الفوراني .

---

(١) وفي (أ) : (أبو سعيد) .
(٢) أي : ميل القاضي أبي سعد ؛ كما في « تكملة كافي المحتاج » (ص : ٧٨٢) للزركشي .
(٣) الحاوي الكبير (١٧/ ٣٠٧) دار الكتب العلمية .
(٤) الشرح الكبير (١٣/ ٢٣٢) .
(٥) كذا في (أ) و(ب) ، وفي « المنهاج » وسائر الشروح المطبوعة : (رجلان وللآخر) بدون (أي) .

فَإِنْ كَانَ لِأَحَدِهِمَا شَاهِدٌ وَيَمِينٌ . . رُجِّحَ الشَّاهِدَانِ فِي الأَظْهَرِ ، وَلَوْ شَهِدَتْ لأَحَدِهِمَا بِمِلْكٍ مِنْ سَنَةٍ وَلِلآخَرِ مِنْ أَكْثَرَ . . فَالأَظْهَرُ : تَرْجِيحُ الأَكْثَرِ ، . . .

قوله : (فإن كان لأحدهما[١] شاهد ويمين . . رجح الشاهدان في الأظهر) لأنهما حجة بالإجماع ، والشاهد واليمين مختلف فيه ، ولأن الذي يحلف مع شاهده يصدق نفسه ، فحجته تتم بقوله ، والذي يقيم الشاهدين يصدقه غيره ، فهو أبعد عن التهمة .

والثاني : يتعادلان ؛ لأن كلاً منهما حجة كافية في المال .

وفي « الإبانة » و« البسيط » : أن القولين في الجديد .

ومحل الأظهر : ما إذا لم يكن لصاحب الشاهد واليمين يد ، فإن كان . . قدم الشاهد واليمين على الأصح .

قوله : (ولو شهدت لأحدهما بملك من سنة وللآخر من أكثر . . فالأظهر : ترجيح الأكثر) في المسألة طريقان ؛

أشهرهما : أن في ترجيح أسبقهما تاريخاً قولين ؛ **أظهرهما** : الترجيح ؛ لأنها انفردت بإثبات الملك في زمان لا تعارضها فيه الأخرى ، فتتساقطان في محل التعارض ، ويثبت موجبها فيما قبل محل التعارض .

والثاني : تتعارضان ؛ لأن المقصود إثبات الملك في الحال وقد استويا فيه .

والطريقة الثانية : القطع بالتعارض .

واعترض على الرافعي والنووي بأنهما رجحا في (باب اللقيط) : أنه

---

(١) وفي « المنهاج » المطبوع : (فإن كان للآخر) .

وَلِصَاحِبِهَا الأَجْرَةُ وَالزِّيَادَةُ الْحَادِثَةُ مِنْ يَوْمِئِذٍ .

وَلَوْ أَطْلَقَتْ بَيِّنَةٌ وَأَرَّخَتْ بَيِّنَةٌ . . فَالْمَذْهَبُ : أَنَّهُمَا سَوَاءٌ ، . . . .

لا يقدم في المال بسبق التاريخ ، **وأن الصواب** : ما ذكراه هنا[1] .

قال البلقيني : قد يحمل على الأظهر عند جماعة ، لا الأظهر مطلقاً ، أو على أنه لا يقدم بسبق التاريخ على الأظهر مع وجود يد المتأخر التاريخ .

وصورة المسألة : أن يكون المدعى في يدهما أو يد ثالث ، فإن كان في يد أحدهما . . فسيأتي[2] .

وأفهم قوله : (من أكثر) : أنه لا يشترط في سبق التاريخ أن يكون بزمان معين ، وحكاه الرافعي عن قضية كلام « التقريب » ، قاله الزركشي[3] .

قوله : (**ولصاحبها الأجرة والزيادة الحادثة من يومئذ**) أي : من يوم بينت البينة أنها ملكه ؛ لأنها ثمرات ملكه .

قوله : (**ولو أطلقت بينة وأرخت بينة . . فالمذهب : أنهما سواء**) لأن المطلقة كما لا تقتضي الإثبات قبل الحالة الراهنة . . لا تنفيه أيضاً .

والثانية : طرد قولي مختلفة التاريخ ، ووُجِّه ترجيح المؤرخة بأنها تثبت الملك من وقت معين والأخرى لا تقتضي إلا إثبات الملك في الحال .

ويستثنى : ما لو شهدت بينة بالحق والأخرى بالإبراء وأطلقت إحداهما وأرخت الأخرى . . فإن بينة الإبراء أولى ؛ لأنها إنما تكون بعد الوجوب ،

---

(١) الشرح الكبير (٦/ ٤١٩) ، (١٣/ ٢٤٠ـ ٢٤١) ، روضة الطالبين (٤/ ٥٠٨) ، (٨/ ٣٣٩ـ ٣٤٠) .

(٢) أي : آنفاً في المتن : (لو كان لصاحب متأخرة التاريخ يد . . قدم) .

(٣) الشرح الكبير (١٣/ ٢٤١) ، وفيه نقلٌ عن « التهذيب » لا « التقريب » ، وكذا في « تكملة كما في المحتاج » للزركشي (ص : ٧٨٩) : (التهذيب) .

وَأَنَّهُ لَوْ كَانَ لِصَاحِبِ مُتَأَخِّرَةِ التَّارِيخِ يَدٌ . . قُدِّمَ ، وَأَنَّهَا لَوْ شَهِدَتْ بِمِلْكٍ مِنْ أَمْسِ وَلَمْ تَتَعَرَّضْ لِلْحَالِ . . لَمْ تُسْمَعْ حَتَّى يَقُولُوا : وَلَمْ يَزُلْ مِلْكُهُ ، أَوْ : لاَ نَعْلَمُ مُزِيلاً لَهُ .

ويحتمل التعارض ؛ كما لو اتحد تاريخهما ، قاله شريح الروياني في « روضته » .

فائدة : (وَرَّخ) لغة في (أَرَّخ) حكاه يعقوب .

قوله : (وأنه لو كان لصاحب متأخرة التاريخ يد . . قدم) يعني : إذا كانت العين في يد أحدهما وقامت بينتان مختلفتا التاريخ ؛ فإن كانت بينة الداخل متأخرةً ؛ فإن لم يجعل سبق التاريخ مرجحاً . . قدم الداخل قطعاً ، وإن جعلناه مرجحاً . . **فالأصح** المنصوص : ترجيح اليد ؛ لتساوي البينتين في إثبات الملك حالاً فتساقطتا فيه ويبقى من أحد الطرفين اليد ومن الآخر إثبات الملك للسابق ؛ واليد أقوى من الشهادة على الملك السابق ، ولهذا لا تزال بها .

والثاني : تقدم بينة الخارج ؛ ترجيحاً لسبق التاريخ .

والثالث : يتساويان ؛ لتعارض الدليلين .

وحكى الصباغ والفوراني طريقةً قاطعةً بالأول ، وبه يصح عطف المصنف على (المذهب) في كون الخلاف طريقين لا في كون **الأصح** طريقة القطع .

واحترز بقوله : (**متأخرة التاريخ**) : عما لو كانت اليد لصاحب متقدمة التاريخ . . فإنها تقدم بلا خلافٍ ، وهي تفهم من إطلاقه من طريق أولى .

قوله : (**وأنها لو شهدت بملك من أمس[1] ولم تتعرض للحال . . لم تسمع حتى يقولوا : ولم يزل ملكه ، أو : لا نعلم مزيلاً له**) أي : فإن لم يقولوا . .

---

(١) وفي « المنهاج » وسائر الشروح المطبوعة : (بملكه أمس) .

. . . .

لا تسمع ؛ لأنها شهدت له بما لم يدعه ، ولأن ثبوت الملك سابقاً إن اقتضى الأصل بقاءه . . فيد المدعي وتصرفه يدلان على الانتقال إليه ، فلا يحصل ظن الملك في الحال ، وهذا **أظهر القولين** .

والثاني : تسمع ؛ لأن الأصل : دوامه .

وأشار المصنف بالعطف إلى الطريقة القاطعة بالأول ، فاقتضى ترجيحها ، **والأشهر** : طريقة القولين .

قال الزركشي : ولا يختص الخلاف بالشهادة بالملك ، بل لو شهدت بأن يده كانت عليها أمس . . فعلى الخلاف ، وأولى بألاّ تسمع ، وفي كلام الماوردي تخصيص القولين بصورة اليد ، والقطع في شهادة الملك بالقبول[1] .

والاكتفاء بقوله : لا أعلم له مزيلاً ، حكاه في « الوسيط » عن القاضي حسين ، ثم قال : وأكثر الأصحاب على أنه لا بد من الجزم في الحال[2] .

ويدخل في إطلاقه : ما لو أقام بينةً بميراث دار .

وحكى العمراني عدم السماع وجهاً ، وصحح الحكم بها[3] .

ونقل ابن المنذر فيما إذا نفى علمه أن الشافعي قال : يحلف المدعي مع البينة ، قال الرافعي : واستغربه الهروي ، **ووجهه** : أن البينة قامت على

---

(١) الحاوي الكبير (٢١/ ٢٣٣ـ ٢٣٤) . وفي هامش (ب) في نسخة : (الطريقين) بدل (القولين) وكذا في « تكملة كافي المحتاج » للزركشي (ص : ٧٩٥) : (الطريقين) .

(٢) الوسيط (٤/ ٣٦٨) .

(٣) البيان (١٣/ ١٧٦) .

وَتَجُوزُ الشَّهَادَةُ بِمِلْكِهِ الآنَ اسْتِصْحَاباً لِمَا سَبَقَ ؛ مِنْ إِرْثٍ وَشِرَاءٍ وَغَيْرِهِمَا . وَلَوْ شَهِدَتْ بِإِقْرَارِهِ أَمْسِ بِالْمِلْكِ لَهُ . . اسْتُدِيمَ . . . .

خلاف الظاهر ، ولم تتعرض لإسقاط ما مع المدعى عليه[١] في الظاهر ، فأضيف إليها اليمين[٢] .

وقال الزركشي : محل الخلاف متصور بأن تكون الشهادة بالملك القديم ترتبت على دعوى الملك في الحال أو مطلقةً ، فإن ترتبت على دعوى ملك قديم من غير تعرض له في الحال . . لم تسمع جزماً ؛ كما قاله ابن الرفعة[٣] ؛ لأن سماع الشهادة فرع صحة الدعوى .

ويتصور بأن تقع الدعوى مقصودةً ، فإن وقعت ضمناً ؛ كما إذا شهدوا أن هذا المملوك وضعته أمته في ملكه ، وأن هذه الثمرة أثمرتها نخلته في ملكه ، ولم يتعرض لملك الولد والثمرة في الحال . . ففي السماع طريقان ؛ **أصحهما** : القطع بالسماع ؛ وعليها نص الشافعي ؛ كما حكاه القاضي أبو الطيب ، وفرقوا بينها وبين صورة الكتاب .

قوله : (**وتجوز الشهادة بملكه الآن استصحاباً لما سبق ؛ من إرث وشراء وغيرهما**) أي : للحاجة الداعية إليه وإن كان يجوز زواله .

ومراده : جواز الإقدام على الشهادة ، فلو صرح في شهادته بأنه يعتمد الاستصحاب . . قال الأصحاب : لا تقبل ، وقال القاضي حسين : تقبل .

قوله : (**ولو شهدت بإقراره أمس بالملك له . . استديم**) أي : حكمُ

---

(١) وفي (أ) و(ب) : (ما بغى المدعى عليه) ؟! وفي هامش (ب) في نسخة (ما مع المدعى عليه) وكذا في « الشرح الكبير » بـ(مع) .
(٢) الشرح الكبير (١٢/ ٢٤٥) .
(٣) كفاية النبيه (١٨/ ٥٣٠) .

وَلَوْ أَقَامَهَا بِمِلْكِ دَابَّةٍ أَوْ شَجَرَةٍ . . لَمْ يَسْتَحِقَّ ثَمَرَةً مَوْجُودَةً ، وَيَسْتَحِقُّ حَمْلاً فِي الأَصَحِّ . . . .

الإقرار وإن لم يصرح الشاهد بالملك في الحال .

قال الإمام : وهكذا الحكم لو شهدت بأنه اشتراها أمس من صاحب اليد ؛ لأن الشراء من الخصم والإقرار له[1] مما يعرف يقيناً ، وليس كما لو شهدت على الشراء أمس من غير صاحب اليد ؛ لأن الشراء من الغير لا يكون حجةً على صاحب اليد[2] .

قوله : (ولو أقامها بملك دابة أو شجرة . . لم يستحق ثمرةٌ موجودةَ) ، أي : ولا ولداً منفصلاً[3] عند الشهادة ؛ لأن الثمرة والولد ليسا من أجزاء الدابة والشجرة ، بل يبقيان للمدعى عليه .

وأشار بهذا إلى أن بينة المدعي لا تثبت الملك له ، بل تظهره ، فيجب أن يكون الملك سابقاً على إقامتها ، لكن لا يشترط السبق بزمن طويل ، بل يكفي لصدق الشهود لحظةٌ لطيفة .

فإن نتجت بعد البينة وقبل التعديل . . فالنتاج للمدعي على **المشهور** ؛ لأن التعديل يستند إلى وقت الشهادة .

قوله : (ويستحق حملاً في الأصح) أي : وإن لم يتعرض له ؛ تبعاً للأم ، كما لو اشتراها وهي حامل ، فإن الملك يثبت له في الحمل وإن لم يذكره في العقد .

والثاني : المنع ؛ لجواز أن يكون الحمل لغير مالك الأم بوصية .

---

(١) وفي هامش (ب) في نسخة : (والإقرار منه) .
(٢) نهاية المطلب (١٩/ ١٤٤ـ١٤٩) .
(٣) كذا في (أ) و(ب) ، وفي « المنهاج » وسائر الشروح المطبوعة : (ولا ولداً منفصلاً) جعل من المتن .

وَلَوِ اشْتَرَى شَيْئاً فَأُخِذَ مِنْهُ بِحُجَّةٍ مُطْلَقَةٍ . . رَجَعَ عَلَى بَائِعِهِ بِالثَّمَنِ ، وَقِيلَ : لاَ ، إِلاَّ إِذَا ادَّعَى مِلْكاً سَابِقاً عَلَى الشِّرَاءِ . . . .

قال الزركشي : وهذا احتمال للإمام لا وجه ، فتعبير المصنف بـ(**الأصح**) منتقد ؛ فإنه مع كونه احتمالاً ضعيف[١] ، وقد استبعده الإمام[٢] .

قوله : (ولو اشترى شيئاً فأخذ منه بحجة مطلقة) أي : غير مستندة إلى حالة البيع (. . رجع على بائعه بالثمن) لمسيس الحاجة إليه في عهدة العقود ، ولأن الأصل : أن لا معاملة بين المشتري والمدعي ، ولا انتقال منه ، فيستند الملك المشهود به إلى ما قبل الشراء .

(وقيل : لا) أي : لا يرجع على البائع ؛ لاحتمال أنه خرج عن ملكه إلى المدعي ثم غصبه منه (إلا إذا ادعى ملكاً سابقاً[٣] على الشراء) أي : وفاءً بالأصل المذكور .

ورجح البلقيني هذا الوجه وقال : **محله** : ما إذا كان ذلك بعد قبض المشتري المبيع ، فإن لم يقبضه . . رجع بالثمن بلا خلاف ؛ إنزالاً لذلك منزلة هلاك المبيع قبل القبض .

واحترز بقوله : (**مطلقة**) : عما لو أسندت الاستحقاق إلى حالة العقد ، فإنه يثبت أن البيع ما صادف مستحقاً ، فيرجع قطعاً .

ومحل الخلاف : ألاّ يصدقه المشتري ، فإن صدقه . . لم يرجع على البائع قطعاً ، وأن يصرح المشتري في منازعة المدعي بأنه كان ملكاً للبائع ، فإن لم يصرح بذلك ، بل سكت . . رجع قطعاً ، ذكره الإمام في (كتاب الضمان)

---

(١) لا قوي . تكملة كافي المحتاج (ص : ٨٠٦) .
(٢) نهاية المطلب (١٩/ ١٥٠) .
(٣) وفي « المنهاج » المطبوع : (ملك سابق) .

وَلَوِ ادَّعَى مِلْكاً مُطْلَقاً فَشَهِدُوا لَهُ مَعَ سَبَبِهِ . . لَمْ يَضُرَّ ، وَإِنْ ذَكَرَ سَبَباً وَهُمْ سَبَباً آخَرَ . . ضَرَّ .

وأجرى الوجهين فيما إذا قال في الابتداء : بعني هذا العبد فإنه ملكك ، وثبت استحقاقه بالبينة[١] .

ولا يجريان فيما إذا كان الموجود مجردَ الشراء وإن كان إقراراً للبائع بالملك ، وفرقوا بأنه إقرار ضمني تضميمه الشراء[٢] فيبطل ببطلان المبايعة ، بخلاف الإقرار المستقل .

قوله : (ولو ادعى ملكاً مطلقاً فشهدوا له مع سببه . . لم يضر) لأن سبب الملك ليس مقصوداً في نفسه ، وإنما هو كالتابع ، والمقصود الملك ، وقد وافقت البينة فيه الدعوى .

وعلم منه : أنه لا يشترط في الشهادة التعرض للسبب ، فلو أراد المدعي تقديم بينته بذكر السبب ؛ بناءً على أن ذكر السبب يقتضي الترجيح . . لم يكف للترجيح تعرضهم للسبب أولاً ؛ لوقوعه قبل الدعوى والاستشهاد ، فإن أعاد دعوى الملك وسببه فشهدوا بذلك . . رجحت حينئذ .

قوله : (وإن ذكر سبباً وهم سبباً آخر . . ضر) أي : **على الصحيح** ، فترد شهادتهم ؛ لمناقضتها الدعوى .

وقيل : تقبل على أصل الملك ، ويلغو ذكر السبب .

فرع : ادعى عشرة فشهدوا بخمسة . . حكمنا بها ، وإن شهدوا بعشرين . . **فقيل** : تثبت العشرة المدعى بها ؛ لأن البينة قد تطلع على الشغل دون السقوط ، **وقيل** : يتخرج على من شهد قبل الاستشهاد .

---

(١) نهاية المطلب (١٩/٨ ـ ٩) .

(٢) وفي « تكملة كاف المحتاج » للزركشي (ص : ٨١٣) : (إقرار ضمني تضمنه الشراء) .

فصل

قَالَ : آجَرْتُكَ الْبَيْتَ بِعَشَرَةٍ ، فَقَالَ : بَلْ جَمِيعَ الدَّارِ بِالْعَشَرَةِ ، وَأَقَامَا بَيِّنَتَيْنِ . . تَعَارَضَتَا ، وَفِي قَوْلٍ : يُقَدَّمُ الْمُسْتَأْجِرُ . . . .

(فصل)

[في اختلاف المتداعيين في نحو عقد أو إسلام أو عتق]

(**قال : آجرتك البيت بعشرة ، فقال : بل جميع الدار بالعشرة ، وأقاما بينتين . . تعارضتا**) أي : لتكاذبهما فتتساقطان **على الصحيح** ويرجع إلى التحالف ، وعلى القول بالاستعمال يقرع **على الأصح** ولا يجيء قول القسمة والوقف **على المشهور** .

قوله : (**وفي قول : يقدم المستأجر**) أي : لاشتمال بينته على زيادة وهي : اكتراء جميع الدار ؛ كما لو شهدت بينة بألف وبينة بألفين . . ثبت الألفان ، وهو من تخريج ابن سريج .

ورُدّ بأن الزيادة المرجحة هي التي تشعر بمزيد علم ووضوح حال في أحد جانبي ما فيه التنافي ، والزيادة هنا إنما هي في المشهود به .

وخالف بينة الألف والألفين ؛ لأن العقد هنا واحد وكل كيفية تنافي الأخرى فيثبت التعارض .

ومحل ذلك : ما إذا أطلقت البينتان أو إحداهما ، أو اتحد تاريخهما ، فإن اختلف ؛ بأن شهدت إحداهما أنه آجر كذا سنة من أول رمضان ، والأخرى من أول شوال . . قدم الأسبق **في الأظهر** ؛ لعدم المعارض حال السبق .

وَلَوِ ادَّعَيَا عَيْناً فِي يَدِ ثَالِثٍ ، وَأَقَامَ كُلٌّ مِنْهُمَا بَيِّنَةً أَنَّهُ اشْتَرَاهُ وَوَزَنَ ثَمَنَهُ ؛ فَإِنِ اخْتَلَفَ تَارِيخٌ . . حُكِمَ لِلأَسْبَقِ ، وَإِلاَّ . . تَعَارَضَتَا . . . .

قوله : (**ولو ادعيا عيناً**[١] **في يد ثالث ، وأقام كل منهما بينة أنه اشتراه ووزن ثمنه**[٢] **؛ فإن اختلف تاريخ . . حكم للأسبق**) أي : لما مر من زيادة العلم ، وبان أنه باعها للثاني بعد زوال ملكه فيطالبه بالثمن الذي قبضه .

قال الإمام البلقيني : محله إذا لم يصدر المتأخر حالة الخيار ، فإن صدر في الخيار . . فسخ الأول وكان هو صحيحاً ، فإن تعرضت بينة الثاني لذلك . . قضى له بها ؛ ويقضي للأول بالثمن قطعاً ، وإن لم تتعرض لذلك ولكن تعرضت لكونه ملكاً له وقت البيع وشهدت بينة الأول بمجرد البيع . . **فالأرجح** : تقديم شهادة من شهدت بالملك حالة البيع .

وقوله : (**وزن ثمنه**) ليس شرطاً للدعوى ؛ ولكن فائدته أنه يتعين القول بإجبار البائع على التسليم .

ووزنُ الثمن لا يفيد الترجيح ، خلافاً لأبي عاصم .

وحكى الزركشي عن شريح : أنه لو ادعى أحدهما أنه اشتراها منه ، والآخر أنه وهبها منه وتسلمها وأقاما البينة . . فهو كما لو ادعيا الشراء ، وحكى[٣] وجهاً : أنه يؤخذ بالبيع ؛ لأنه أقوى من عقد الهبة ، ثم قال : **وفيه نظر** .

قوله : (**وإلا**) أي : وإن لم يختلف تاريخهما (. . **تعارضتا**) أي : **فعلى الصحيح** : تتساقطان ، ويحلف لكل منهما ؛ كما لو لم تكن بينة .

ومقتضى إطلاقه : تعارضهما في جميع ما شهدا به من العين والثمن ،

---

(١) وفي « المنهاج » وسائر الشروح المطبوعة : (ادعيا شيئاً) .
(٢) وفي « المنهاج » المطبوع : (ووزن له ثمنه) .
(٣) أي : شريح ؛ كما في « تكملة كافي المحتاج » للزركشي (ص : ٨٢٦) .

وَلَوْ قَالَ كُلٌّ مِنْهُمَا : بِعْتُكَهُ بِكَذَا ، ....

وليس كذلك ، بل تعارضهما بالنسبة إلى العين لا بالنسبة إلى الثمن ، **فإنه** يرجع كل واحدٍ منهما بالثمن الذي وزنه **على الأصح** .

ومحل ذلك : إذا لم تتعرض البينة لقبض المبيع ، فإن تعرضت . . فلا رجوع بالثمن ؛ لاستقرار العقد بالقبض .

وشمل كلامه : ما إذا كانت إحداهما مؤرخة والأخرى مطلقة ، وبه صرح الأصحاب .

واستدرك **أبو الفرج الزاز** : أنا إذا قدمنا المؤرخة على المطلقة . . قضينا لصاحبها ولا تجيء الأقوال .

وأجاب البلقيني : بأن تقديم المؤرخة على المطلقة إنما هو حيث كانت المطلقة تنزل على الملك في حال الشهادة ، أو في حال الدعوى ؛ وذلك لا يأتي في العقود ، فاتجه إطلاق الأصحاب ، وبطل ما استدركه أبو الفرج .

ومحل ما تقدم : ما إذا لم يصدق البائع أحدهما ، فإن صدق أحدهما . . فعلى السقوط يسلم للمصدق ، وعلى الاستعمال **قيل** : يقدم أيضاً ، **والأصح** : لا ، بل هو كما لو استمر على تكذيبهما .

قوله : (**ولو قال كل منهما : بعتكه بكذا**) هذه عكس المسألة قبلها ، فإن تلك في مشتريين وبائع ، وهذه في بائعين ومشتر ، **ومقصودهما** : الثمن وترك العين في يده .

وصورتها : أن تكون بيده دابة فادعى عليه رجلان كل منهما يقول : بعتكها بكذا وهي ملكي ؛ كما صوره الشافعي في « المختصر » ، وعزاه الرافعي للأكثرين[١] .

---

(١) مختصر المزني (ص : ٤٢٤) ، الشرح الكبير (١٣/ ٢٥٩) .

وَأَقَامَاهُمَا ؛ فَإِنِ اتَّحَدَ تَارِيخُهُمَا. . تَعَارَضَتَا ، وَإِنِ اخْتَلَفَ. . لَزِمَهُ الثَّمَنَانِ ، . . . .

وفي « البحر » : لا بد من إثبات كل بينة كون الملك لصاحبها وإن كانا لا يدعيان الملك في الحال فيه ؛ لأن صحة البيع يترتب على الملك[١] .

قوله : (وأقاماهما) أي : أقام كل منهما بينة عند إنكاره ما ادعياه .

(**فإن اتحد تاريخهما**) أي : بأن عيّنا وقت الطلوع أو الزوال (. . تعارضتا) لاستحالة كون جميعها ملكاً لكل واحدٍ في وقت واحدٍ ، كذا قطع الأصحاب .

فعلى أقوال التساقط كأن لا بينة .

وعلى القرعة : يقرع فمن خرجت له القرعة . . قضي له بالثمن الذي شهد به شهوده وللآخر تحليفه لا محالة .

وعلى القسمة : لكل نصف الثمن الذي سماه .

قوله : (**وإن اختلف . . لزمه الثمنان**) أي : إذا شهدت إحداهما بالعقد في رمضان والأخرى به في شوال . . ثبت العقدان ولزمه الثمنان بلا خلافٍ ؛ كما قاله الرافعي[٢] ؛ لأنه يجوز أن يكون ما اشتراه من أحدهما في رمضان باعه واشتراه من الآخر في شوال .

ويشترط في لزوم الثمنين أن يكون الزمان متسعاً للعقد الأول والانتقال من المشتري للبائع الثاني ، ثم العقد الثاني ، فإن عين الشهود زمناً لا يتأتى فيه ذلك . . لم يجب الثمنان ، ذكره في « الروضة » و« أصلها »[٣] .

---

(١) بحر المذهب (١٤/ ٤٥١) .

(٢) الشرح الكبير (١٣/ ٢٥٨ـ٢٥٩) .

(٣) الشرح الكبير (١٣/ ٢٥٩) ، روضة الطالبين (٨/ ٣٤٩) .

وَكَذَا إِنْ أَطْلَقَتَا ، أَوْ إِحْدَاهُمَا فِي الأَصَحِّ .

وَلَوْ مَاتَ عَنِ ابْنَيْنِ مُسْلِمٍ وَنَصْرَانِيٍّ ، فَقَالَ كُلٌّ مِنْهُمَا : مَاتَ عَلَى دِينِي ؛ فَإِنْ عُرِفَ أَنَّهُ كَانَ نَصْرَانِيّاً . . صُدِّقَ النَّصْرَانِيُّ ، وَإِنْ أَقَامَا بَيِّنَتَيْنِ مُطْلَقَتَيْنِ . . قُدِّمَ الْمُسْلِمُ ، . . . .

قوله : (وكذا إن أطلقتا أو إحداهما في الأصح) أي : يلزمه الثمنان ولا تعارض ؛ لاحتمال أن يكونا في زمانين .

وتفارق الصورة الأولى ؛ لأن القصد فيها طلب عين واحدة تضيق عن حقهما فتعارضا ، والقصد هنا الثمنان والذمة متسعة لهما لا تضايق فيها .

والثاني : أنهما كمتحدتي التاريخ فيجيء خلاف التعارض ؛ لأنه ربما شهدوا على المبيع في وقت واحدٍ ، والأصل براءة ذمة المشتري فلا يؤاخذ إلا باليقين .

قال الزركشي : وفي « البيان » : أن الشيخ أبا حامدٍ حكى بدل الثاني أنه لا يلزمه إلا ثمن واحد ؛ لأنه اليقين ، وسقط الآخر ؛ للشك فيه ، قال : وكذا حكاه في « التنبيه »[١] .

قوله : (ولو مات عن ابنين مسلم ونصراني فقال كل منهما : مات على ديني) أي : فأرثه ولا بينة (فإن عرف أنه كان نصرانياً . . صدق النصراني) أي : بيمينه ؛ إذ الأصل بقاء كفره ، والمسلم يدعي انتقالاً عنه والأصل عدمه .

قوله : (وإن أقاما بينتين مطلقتين . . قدم المسلم) أي : ولا تعارض ؛ لأن مع بينته زيادة علم وهو انتقاله من النصرانية إلى الإسلام ، والأخرى

---

(١) البيان (١٣/ ١٩٠) ، التنبيه (ص : ١٥٩) .

وَإِنْ قَيَّدَتْ أَنَّ آخِرَ كَلاَمِهِ الإِسْلاَمُ وَعَكَسَتِ الأُخْرَى . . تَعَارَضَتَا ، وَإِنْ لَمْ يُعْرَفْ دِينُهُ وَأَقَامَ كُلٌّ بَيِّنَةً أَنَّهُ مَاتَ عَلَى دِينِهِ . . تَعَارَضَتَا .

استصحبت الأصل ، والناقلة أولى من المستصحبة ؛ كما تقدم بينة الجرح على التعديل ، وحكى الماوردي وجهاً بالتعارض[١] .

قوله : (وإن قيدت) أي : إحداهما (أن آخر كلامه الإسلام[٢] وعكست الأخرى) أي : قيدت أن آخر كلامه النصرانية (. . تعارضتا) فعلى قول التساقط كأن لا بينة ، ويصدق النصراني بيمينه .

قال في « الحاوي » : ويحلف بالله أن أباه لم يسلم[٣] .

وما جزم به المصنف هو **المشهور** .

وقيل : يحكم بالإسلام ويصير بقيام البينتين في حكم مجهول الأصل فيحكم بإسلامه ؛ لأن الدار دار إسلام ، وزيفه الإمام[٤] .

وعلى قول الاستعمال : تجيء الأقوال ، وهل يجب على الشهود ذكر كلمة الإسلام ؟ وجهان ؛ **وجه الاشتراط** : أنهم قد يعتقدون ما ليس بإسلام إسلاماً .

أما كلمة التنصر . . فلا بد من تبيينها ؛ ليثبت ما يحصل به التنصر ، وهو : التثليث .

قوله : (وإن لم يعرف دينه وأقام كل بينة أنه مات على دينه . . تعارضتا) أي : للتكاذب .

---

(١) الحاوي الكبير (٢١/٢٣٨) .
(٢) وفي (أ) : (كان الإسلام) . وفي « المنهاج » المطبوع : (كلامه إسلام وعكسته) .
(٣) الحاوي الكبير (٢١/٢٣٨) .
(٤) نهاية المطلب (١٩/ ١٣٤ـ ١٣٥) .

وَلَوْ مَاتَ نَصْرَانِيٌّ عَنِ ابْنَيْنِ مُسْلِمٍ وَنَصْرَانِيٍّ فَقَالَ الْمُسْلِمُ : أَسْلَمْتُ بَعْدَ مَوْتِهِ . . فَالْمِيرَاثُ بَيْنَنَا ، وَقَالَ النَّصْرَانِيُّ : بَلْ قَبْلَهُ . . صُدِّقَ الْمُسْلِمُ بِيَمِينِهِ ،

وحكى الفوراني عن أبي حنيفة والمزني : أن بينة المسلم أبداً أولى ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « **الإِسْلاَمُ يَعْلُو وَلاَ يُعْلَى عَلَيْهِ** »[١] .

ولا فرق هنا بين أن يكونا مطلقتين أو مقيدتين ؛ لأنه لا أصل هنا يبنى عليه حتى تكون إحداهما أثبتت أمراً حادثاً بعد الأصل ، والتعارض بالنسبة للإرث خاصة .

ويغسل هذا الميت المشكوك في دينه ويصلى عليه ، وينوي : إن كان مسلماً ، نص عليه الشافعي[٢] .

قوله : (ولو مات نصراني عن ابنين مسلم ونصراني فقال المسلم : أسلمت بعد موته . . فالميراث بيننا ، وقال النصراني : بل قبله) أي : فلا ميراث لك (. . صدق المسلم بيمينه) لأن الأصل استمراره على دينه ويشتركان في المال .

هذا إذا لم يتعرضا لتاريخ موت الأب وإسلام الابن ، بل أطلقا ذلك أو اتفقا على وقت موت الأب ؛ كرمضان وقال المسلم : أسلمت في شوال ، وقال أخوه : بل في شعبان ، وصرح به في « المحرر »[٣] .

---

(١) أخرجه الدارقطني (ص : ٧٩٨) ، والبيهقي في « الكبير » (١٢٢٨٣) عن عائذ بن عمرو رضي الله عنه ، والطبراني في « الصغير » (٩٢٨) عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، وأخرجه البخاري معلقاً قبل الحديث (١٣٥٤) ، والبيهقي في « معرفة السنن والآثار » (٤٢٠٢) موقوفاً عن ابن عباس رضي الله عنهما ، وراجع « فتح الباري » (٣/ ٥٨٤) .

(٢) مختصر المزني (ص : ٤٢٢) .

(٣) المحرر (٣/ ١٧٣٤) .

وَإِنْ أَقَامَا هُمَا . . قُدِّمَ النَّصْرَانِيُّ ، فَلَوِ اتَّفَقَا عَلَى إِسْلاَمِ الابْنِ فِي رَمَضَانَ ، وَقَالَ الْمُسْلِمُ : مَاتَ الأَبُ فِي شَعْبَانَ ، وَقَالَ النَّصْرَانِيُّ : بَلْ فِي شَوَّالٍ . . صُدِّقَ النَّصْرَانِيُّ ، وَتُقَدَّمُ بَيِّنَةُ الْمُسْلِمِ عَلَى بَيِّنَتِهِ .

وَلَوْ مَاتَ عَنْ أَبَوَيْنِ كَافِرَيْنِ وَابْنَيْنِ مُسْلِمَيْنِ فَقَالَ كُلٌّ : . . . .

قوله : (**وإن أقاماهما . . قدم**[١] **النصراني**) لأن بينته ناقلة من النصرانية إلى الإسلام في شعبان ؛ والأخرى يستصحب دينه إلى شوال فمع الأولى زيادة علم .

قوله : (**فلو اتفقا على إسلام الابن في رمضان ، وقال المسلم : مات الأب في شعبان ، وقال النصراني : بل في شوال . . صدق النصراني**) أي : عند عدم البينة ؛ لأن الأصل بقاء الحياة .

(**وتقدم بينة المسلم على بينته**) أي : إن أقامها بذلك ؛ لأنها تنقل إلى الموت في شعبان ، والأخرى تستصحب الحياة إلى شوال ، وأما كونه ميتاً في شوال . . فمشترك بينهما ، هذا ما قطع به الأصحاب .

وقال الإمام : هذا ضعيف ، فإن الشاهد في الزمن المتأخر يشهد على موته عن حياة ، فقد أثبت الحياة في شوال فيجيء التعارض[٢] ، لا جرم قيد الرافعي المسألة بما إذا أطلقت بينة النصراني ، فإن شهدت بأنهم عاينوه حياً في شوال . . تعارضتا ؛ لأن الشهادة على الحياة شهادة على إثبات لا على نفي ، وهي زيادة ، وطرده الرافعي في الحالين السابقين[٣] .

قوله : (**ولو مات عن أبوين كافرين وابنين مسلمين ، فقال كل**[٤] :

---

(١) وفي (أ) : (صدق) .
(٢) نهاية المطلب (١٩/ ١٣٦ـ١٣٧) .
(٣) الشرح الكبير (١٣/ ٢٦٤ـ٢٦٦) .
(٤) وفي « المنهاج » المطبوع : (فقال كل منهما) .

مَاتَ عَلَى دِينِنَا. . صُدِّقَ الأَبَوَانِ بِالْيَمِينِ ، وَفِي قَوْلٍ : يُوقَفُ حَتَّى يَتَبَيَّنَ أَوْ يَصْطَلِحُوا .

وَلَوْ شَهِدَتْ أَنَّهُ أَعْتَقَ فِي مَرَضِهِ سَالِماً ، وَأُخْرَى غَانِماً ، وَكُلٌّ وَاحِدٍ ثُلُثُ مَالِهِ ؛ فَإِنِ اخْتَلَفَ تَارِيخٌ . . قُدِّمَ الأَسْبَقُ ، . . . .

مات على ديننا . . صدق الأبوان باليمين) لأن الأبوين إذا كانا كافرين فولدهما قبل البلوغ كافر تبعاً لهما ، والأصل بقاؤه على الكفر إلى أن يعلم خلافه .

قوله : (وفي قول : يوقف حتى يتبين أو يصطلحوا) لأن الحكم بالتبعية في الصغر ، فأما إذا بلغ . . فلا ، واحتمل كفره وإسلامه ، وليس هنا أصل يستدام فيوقف .

قال في « الروضة » : الوقف أرجح دليلاً ، لكن الأصح عند الأصحاب : الأول[١] . انتهى .

والخلاف من تخريج ابن سريج ، لا قولان منصوصان ؛ كما قاله في « المهذب » و« البحر »[٢] وغيرهما .

قال الشيخ أبو علي : وأما إذا كان الأبوان مسلمين والابنان كافرين . . فلا توارث قولاً واحداً ، حكاه الزركشي .

قوله : (ولو شهدت أنه أعتق في مرضه سالماً) أي : مرض موته ، وصرح به « المحرر »[٣] (وأخرى غانماً ، وكل واحد ثلث ماله ، فإن اختلف تاريخ . . قدم الأسبق)[٤] أي : لأن التصرفات المنجزة في مرض الموت يقدم منها

---

(١) روضة الطالبين (٨/ ٣٥٥) .

(٢) المهذب (٥/ ٥٦٢) ، وبحر المذهب (١٤/ ٤٣٧) .

(٣) المحرر (٣/ ١٧٣٦) .

(٤) وفي (أ) : (صدق الأسبق) .

وَإِنِ اتَّحَدَ . أُقْرِعَ ، وَإِنْ أَطْلَقَتَا . قِيلَ : يُقْرَعُ ، وَقِيلَ : فِي قَوْلٍ : يَعْتِقُ مِنْ كُلٍّ نِصْفُهُ . قُلْتُ : الْمَذْهَبُ : يَعْتِقُ مِنْ كُلٍّ نِصْفُهُ ، وَاللهُ أَعْلَمُ .

وَلَوْ شَهِدَ أَجْنَبِيَّانِ أَنَّهُ أَوْصَى بِعِتْقِ سَالِمٍ وَهُوَ ثُلُثُهُ ، وَوَارِثَانِ حَائِزَانِ أَنَّهُ رَجَعَ عَنْ ذَلِكَ وَأَوْصَى بِعِتْقِ غَانِمٍ وَهُوَ ثُلُثُهُ . . ثَبَتَ لِغَانِمٍ ، . . . .

الأسبق فالأسبق ؛ لأن معها زيادة علم .

(**وإن اتحد**) أي : التاريخ (. . **أقرع**) أي : مطلقاً ، وفي تحليف من خرجت له القرعة قولان .

قوله : (**وإن أطلقتا . . قيل : يقرع**) أي : لاحتمال المعية ، (**وقيل : في قول : يعتق من كل نصفه ، قلت : المذهب : يعتق من كل نصفه ، والله أعلم**) في المسألة طريقان ؛ **أحدهما** : الإقراع ، **والثانية** على قولين : في أنه يقرع بينهما ، أو يعتق من كل واحدٍ نصفه ؛ لأن احتمال الترتيب أغلب من احتمال المعية ، والسابق منهما غير معلوم .

وما رجحه المصنف هو منصوص « المختصر » ، ورجحه الروياني[(١)] وغيره .

وتعبيره بـ(المذهب) يقتضي : نقل طريقة قاطعة به ، وقد حكاها البندنيجي في « تعليقه » عن ابن سريج وأبي إسحاق ، لكن منصوص « الأم » : الإقراع ، وقد قال في « الروضة » بعد ورقتين : **إن المذهب** : الإقراع[(٢)] .

قوله : (**ولو شهد أجنبيان أنه أوصى بعتق سالم وهو ثلثه ، ووارثان حائزان أنه رجع عن ذلك وأوصى بعتق غانم وهو ثلثه . . ثبت لغانم**) أي : تقبل شهادة

---

(١) مختصر المزني (ص : ٤٢٩) ، بحر المذهب (١٤/ ٣٨٤) .

(٢) الأم (٥/ ٢٠٢) ، روضة الطالبين (٨/ ٣٦٠) .

. . . .

الوارث في الرجوع وفي الوصية الثانية ؛ لأنهما أثبتا للرجوع بدلاً يساويه فلا تهمة ، ولا نظر إلى تبديل الولاء ؛ لأنه لا يملك ملك الأموال وقد لا يصير في أيديهما بالولاء شيء ، ولأن ما ظن به من طلب الكسب والميراث غير موجود في الحال ، ومثله لا يقدح في الرد .

هذا هو المنصوص الذي قطع به الأصحاب ، وللرافعي بحث في رد شهادتهما بالتهمة[١] .

وقوله هنا : (حائزان) لا فائدة فيه ، فإن الحكم كذلك وإن لم يكونا حائزين بل وارثين ، وإنما ذكره المصنف توطئة للمسألة بعده فإنه قيدٌ فيها .

وقوله : (وهو ثلثه) احترز به عما إذا كان دون الثلث ؛ لأنهما متهمان برد العتق من الثلث لما دونه فلا تقبل شهادتهما في القدر الذي لم يبقيا له بدلاً .

وفي الثاني : الخلاف في تبعض الشهادة ؛ فإن قلنا : لا يتبعض . . عتق العبدان الأول بشهادة الأجانب ، والثاني بإقرار الورثة .

أما إذا كان له وارث حائز . . فقد ذكره الرافعي في آخر (العتق) فقال : إن لم يكذب الوارث الشاهدين واقتصر على أنه أوصى بعتق هذا . . عتق الأول بموجب البينة وأقرع بينه وبين الثاني بإقرار الوارث ، فإن خرجت القرعة للأول . . لم يعتق الثاني ، وإن خرجت للثاني . . عتق ولم يرق الأول ؛ لأنه مستحق العتق بالبينة فلا يتمكن الوارث من إبطال حقه بالإقرار ، وإن أقر الوارث أنه أعتق الثاني وكذب الشهود في الأول . . عتقا جميعاً[٢] .

---

(١) الشرح الكبير (١٣/ ٢٧٦ـ٢٧٧) .

(٢) الشرح الكبير (١٣/ ٣٧٥ـ٣٧٦) .

فَإِنْ كَانَ الْوَارِثَانِ فَاسِقَيْنِ . . لَمْ يَثْبُتِ الرُّجُوعُ فَيَعْتِقُ سَالِمٌ وَمِنْ غَانِمٍ ثُلُثُ مَالِهِ بَعْدَ سَالِمٍ .

قوله : (فإن كان الوارثان فاسقين . . لم يثبت الرجوع فيعتق سالم) أي : بشهادة الأجنبيين ؛ لأن الثلث يحتمله ولم يثبت الرجوع فيه .

قوله : (ومن غانم ثلث ماله بعد سالم) أي : ويعتق من غانم قدر ما يحتمله ثلث الباقي من المال بعد سالم وهو الثلثان ، وكأن سالماً قد هلك أو غصب من التركة ، **هذا هو المشهور** .

وجزم الماوردي : بأنه لا يلزمهما بالإقرار بعد رد شهادتهما بالفسق أن يعتق من شهدا له بالوصية ؛ لأنه ليس يلزم أن يعتق بالوصية إلا ما احتمله الثلث ، وقد استوعب الثلث بعتق من شهد له الأجنبيان فبطلت في غيره وإن أقر الوارثان[١] .

وعلى المشهور قال الإمام البلقيني : **الأصح** : أنه يعتق غانم كله ، فإن الوارثين الفاسقين يعتقدان أن سالماً ملكهما ، وإنما منعهما من التصرف فيه ظاهر الشهادة التي هي عندهما غير معمول بها ؛ لما عرفاه[٢] من الرجوع ، وقطع به الدارمي ، ونص في « الأم » و« المختصر » على ما يشهد له .

وقال في « المطلب » : إذا لم تبعض الشهادة . . عتق العبدان جميعاً .

وقياسه : أن يكون الحكم في المسألتين بالقيد السابق وهو الحيازة ؛ احترازاً عما إذا كانا غير حائزين ، فإنه يعتق من الذي شهدا له بقدر حصتهما منه من الثلث .

---

(١) الحاوي الكبير (٢٢/٥٦) .

(٢) كذا في (أ) و(ب) ، وعبارة « تحرير الفتاوي » (٣/٧٧٦) نقلاً عن البلقيني : (لما عرفناه) .

فصل

شَرْطُ الْقَائِفِ : مُسْلِمٌ ، عَدْلٌ ، . . . .

(فصل)

[في القائف الملحق للنسب]

عقده لإلحاق القائف ، وذكره ذيل الدعوى ؛ لأنه دعوى في الإنسان ، وما سبق في الأموال .

والقائف : متبع الآثار والأشباه ، والجمع : قافة .

والأصل فيه : أن النبي صلى الله عليه وسلم دخل على عائشة ذات يوم مسروراً فقال : « **أَلَمْ تَرَيْ أَنَّ مُجَزِّزاً الْمُدْلِجِيَّ دَخَلَ عَلَيَّ فَرَأَى أُسَامَةَ وَزَيْداً عَلَيْهِمَا قَطِيفَةٌ قَدْ غَطَّيَا رُؤُوسَهُمَا وَقَدْ بَدَتْ أَقْدَامُهُمَا فَقَالَ : إِنَّ هَذِهِ الأَقْدَامَ بَعْضُهَا مِنْ بَعْضٍ** »[1] .

قال الشافعي : فلو لم يعتبر . . لمَنَعَه من المجازفة وهو صلى الله عليه وسلم لا يسر ولا يقر إلا على الحق[2] .

قوله : (شرط القائف : مسلم ، عدل) أي : فلا يعتبر قول الفاسق والكافر ؛ لأنه حاكم أو قاسم .

وشرط في « المحرر » : البلوغ والعقل[3] ، واستغنى المصنف عنهما بالعدالة .

نعم ؛ اعتبارهما بالعدالة غير كافٍ ، بل يعتبر أهلية الشهادة وهي أعم من

---

(١) أخرجه البخاري (٦٧٧١) ، ومسلم (١٤٥٩/٣٩) عن عائشة رضي الله عنها .

(٢) الأم (٦٠٦/٧) ، مختصر المزني (ص : ٤٢٥) .

(٣) المحرر (١٧٣٩/٣) .

مُجَرَّبٌ ، وَالأَصَحُّ : اشْتِرَاطُ حُرٍّ ذَكَرٍ ، ....

العدالة ؛ لشمول النطق والبصر وانتفاء العداوة عن الذي ينفيه عنه ، وانتفاء الولادة عمن يلحقه به .

وكان الأولى : أن يأتي بالمصدر فيقول : إسلام ، وكذا ما يعتبر[1] ؛ لأن الشرط هو الإسلام لا الشخص .

قوله : (مجرب) أي : فمن لم يعرف علمه في هذا النوع . . لا يعتمد قوله ؛ كما أن من لم يعرف علمه بالأحكام . . لا يجعل قاضياً .

وفسر في « المحرر » التجربة ؛ بأن يعرض عليه ولد في نسوة ليست فيهن أمه ثم مرة أخرى ثم مرة أخرى ثم مرة أخرى فيهن أمه ، فإن أصاب في الكل . . فهو مجرب[2] .

والعرض ثلاثاً جعله الشيخ أبو حامد وأصحابه شرطاً ، **وقيل** : يكفي مرة .

قال البلقيني : هو ظاهر نص الشافعي ، وعليه جمع من الأصحاب ، ونقله الشيخ أبو حامد عن الأصحاب ، **وهو المعتمد** .

والصحيح المنصوص : أن العرض لا يختص بالأم ، بل يجوز مع الأب ، لكن العرض معها أولى[3] .

قال الزركشي : بل لو فقدا . . عرض على عصبة الميت وقرابته .

قوله : (والأصح : اشتراط حر ذكر) لأنه أعلى من الشهادة ، ولأن قول المرأة لا يقبل في النسب .

---

(١) وفي « النجم الوهاج » (١٠/ ٤٥٢) : (وكذا ما بعده) .

(٢) المحرر (٣/ ١٧٣٩) .

(٣) الأم (٧/ ٦٠٦) .

لاَ عَدَدٍ ، وَلاَ كَوْنِهِ مُدْلِجِيّاً .

والثاني : لا يشترط ؛ لأنه إخبار .

قال الزركشي : وبنوا الخلاف على أن القيافة كالحكم أو كالقسمة ، **والأصح** : الأول ، وبه قطع الماوردي[١] وغيره .

وإنما أعاد المصنف الحرية مع فهمه من العدالة ؛ لأجل الخلاف فيه .

وعبر في « الروضة » بـ(**الصحيح**)[٢] ، قال البلقيني : **وهو الصواب** .

قوله : (لا عدد) أي : كالقاضي ، وهذا هو المنصوص في « الأم »[٣] .

وقيل : لا بد من اثنين كالمزكي ، **وعلى هذا** : هل يشترط تصريحهما بلفظ الشهادة أو يكفي لفظ الخبر ؟ وجهان .

والخلاف في هذه المسألة وما بعدها مستفاد من عطف المصنف ، لكن فيه طريقان حكاهما سُلَيم في « المجرد » ، وقال : **الصحيح** : القطع بالواحد .

قوله : (ولا كونه مدلجيّاً) أي : لا يشترط أن يكون من بني مدلج رهط مجزِّز الذي رأى أسامة وأباه زيداً ، بل يجوز من سائر العرب بل من العجم ؛ لأن مظهره الامتحان .

وروى البيهقي : أن عمر رضي الله عنه كان قائفاً[٤] .

والثاني : يشترط ؛ لرجوع الصحابة لبني مدلج[٥] .

وعبر الأئمة عن هذا الخلاف بأن القيافة خاصة بهم أو علم يتعلم .

---

(١) الحاوي الكبير (٢١/ ٢٨٦) .
(٢) روضة الطالبين (٨/ ٣٧٤) .
(٣) الأم (٧/ ٦٠٥) .
(٤) السنن الكبير (٢١٣٠٩) عن عمر رضي الله عنه .
(٥) راجع « التلخيص الحبير » (٤/ ٥٠٢) ، و« البدر المنير » (٧/ ٤٨٢) .

فَإِذَا تَدَاعَيَا مَجْهُولاً . . عُرِضَ عَلَيْهِ ، وَكَذَا لَوِ اشْتَرَكَا فِي وَطْءٍ فَوَلَدَتْ مُمْكِناً مِنْهُمَا وَتَنَازَعَاهُ ؛ . . . .

وحكى في « البحر » عن الأصحاب : اشتراط كونه ثقة عالماً بالقيافة[(١)] ؛ كما لا بد للعالم أن يكون عالماً بالأحكام .

قوله : (فإذا تداعيا مجهولاً) أي : دون البلوغ (. . عرض عليه) أي : على القائف مع المتداعيين (وكذا لو اشتركا في وطء فولدت ممكناً منهما وتنازعاه) لإجماع الأطباء أن الولد لا يخلق من ماء رجلين ، ولا من ماءين لرجل واحدٍ ؛ لأن الله تعالى أجرى العادة في الرحم إذا اشتمل على المني . . انسد فمه فلا يقبل منياً آخر .

وفائدة العرض : الرجوع لقوله ، ولا ينقض بعده إلا إذا قامت بينة بإلحاقه بالآخر **على الصحيح** ؛ لأنها حجة عامة .

ولو ألحقه القائف وانتسب بعد البلوغ لآخر . . ففي نقض الإلحاق بالأول وجهان في « الكفاية »[(٢)] .

وظاهر كلام الرافعي : المنع في هذه ؛ لأنه صحح في العكس ، وهو ما لو انتسب ثم ألحقه القائف بآخر : أنه يعمل بالقائف ؛ لأنه حجة أو حكم[(٣)] .

ومقتضى قوله : (**تداعيا**) : أنه شرط للعرض ، وليس كذلك ، بل إذا ادعاه أحدهما والآخر ساكت أو منكر . . عرض **على الأظهر** ؛ لأن الولد صاحب حق في النسب فلا يسقط حقه بإنكار الغير ، وكذا لو أنكراه معاً .

ومقتضى كلامه : أنه لا فرق بين أن يكون لأحدهما عليه يد أم لا .

---

(١) بحر المذهب (١٤/ ٤٨٠) .

(٢) كفاية النبيه (١١/ ٤٩٠) .

(٣) الشرح الكبير (٦/ ٤١٦) .

بِأَنْ وَطِئَا بِشُبْهَةٍ ....

وقال الرافعي : أطلق في « الوجيز » هنا : أنه يلحق بصاحب اليد ، وبه قال القفال ، **والأشبه** : تفصيل ذكره في اللقيط ، وهو : أنه إن كان في يده عن التقاط . . لم يؤثر ، وإلا . . فيقدم صاحب اليد إن تقدم استلحاقه على استلحاق الآخر ، وإلا . . فوجهان ، **أصحهما** : يستويان فيعرض على القائف[١] .

وقوله : (وكذا لو اشتركا) يقتضي : أنه مساوٍ للمجهول في أحكام العرضن ، وليس كذلك ؛ لأن المشترك فيه بالفراش يعرض على القائف وإن كان بالغاً مكلفاً ، ولأنه إذا كان الاشتباه للاشتراك في الفراش . . لم يصح إلحاقه بالقافة إلا بحكم حاكم ، جزم بذلك الماوردي في الصورتين[٢] ، حكاه البلقيني .

وقال : ظاهر ذكر الوطء اشتراط تغييب الحشفة في الفرج ، وليس هذا عندي بمعتبر في هذا المكان ، بل لو لم يدخل الحشفة كلها وأنزل داخل الفرج . . كان كالوطء ، وكذا الإنزال خارج الفرج بحيث دخل الماء في الفرج ، وكذا استدخال الماء .

فرع : قال الفوراني : إذا ألقت سقطاً ظهر فيه التخطيط . . عرض على القائف دون ما إذا لم يظهر ، وفائدته فيما إذا كانت الموطوءة أمة وباعها أحدهما من الآخر بعد الوطء والاستبراء . . تظهر في أن البيع هل يصح ؟ وأمية الولد عمن يثبت ؟ وفي الحرة في أن العدة تنقضي به عمن منهما ؟

ثم بين المصنف وجوه الاشتراك في الوطء **فقال : (بأن وطئا بشبهة)** أي : بأن وجدها كل واحد في فراشه فظنها زوجته أو أمته .

---

(١) الشرح الكبير (١٣/ ٣٠٠) .
(٢) الحاوي الكبير (٢١/ ٢٨٩) .

أَوْ مُشْتَرَكَةً لَهُمَا ، أَوْ وَطِىءَ زَوْجَتَهُ وَطَلَّقَ فَوَطِئَهَا آخَرُ بِشُبْهَةٍ أَوْ نِكَاحٍ فَاسِدٍ ، أَوْ أَمَتَهُ وَبَاعَهَا فَوَطِئَهَا الْمُشْتَرِي وَلَمْ يَسْتَبْرِىءْ وَاحِدٌ مِنْهُمَا ، وَكَذَا لَوْ وَطِىءَ مَنْكُوحَةً فِي الأَصَحِّ ، . . . .

قوله : (**أو مشتركة لهما**) أي : وأن يطأ الشريكان الأمة المشتركة (**أو وطئ زوجته**) أي : في نكاح صحيح (**وطلق فوطئها آخر بشبهة أو نكاح فاسد**) أي : بأن نكحها في العدة وهو جاهل بأنها معتدة .

واحترز بالشبهة وبالنكاح الفاسد : عما لو وطئها في نكاح صحيح ؛ بأن تزوجها بعد انقضاء العدة . . فإن الولد للثاني بلا خلاف وإن أمكن كونه من الأول ؛ لأن الثاني يقطع حكم الأول .

قوله : (**أو أمته وباعها**) أي : وأن يطأ أمته ويبيعها (**فوطئها المشتري ولم يستبرئ واحد منهما ، وكذا لو وطئ منكوحة**) أي : لغيره بشبهة (**في الأصح**) أي : ولا يتعين الزوج للإلحاق ، بل الموضع موضع الاشتباه .

والثاني : يلحق بالزوج ؛ لقوة فراشه .

وعلى الأصح : هل يكفي في دعوى نسب المولود بالشبهة اتفاق الزوج وواطىء الشبهة ، أو لا بد من إثبات الوطء بالبينة ؟ اقتصر في « الروضة » و« أصلها » هنا على الثاني ، وفي (اللعان) على الأول[١] ، وصححه البلقيني . فإن كان المتنازع فيه بالغاً واعترف بجريان الشبهة . . وجب أن يغني عن البينة .

وقيد في « المحرر » النكاح **بالصحيح**[٢] ، وحذفه المصنف بناء على أن

---

(١) روضة الطالبين (٨/ ٣٨٦) ، الشرح الكبير (١٣/ ٣٠٠) ، روضة الطالبين (٦/ ٣١٧ـ ٣١٨) ، الشرح الكبير (٩/ ٣٨٢ـ ٣٨٣) .

(٢) المحرر (٣/ ١٧٤٠) .

فَإِذَا وَلَدَتْ لِمَا بَيْنَ سِتَّةِ أَشْهُرٍ وَأَرْبَعِ سِنِينَ مِنْ وَطْئِهِمَا وَادَّعَيَاهُ . . عُرِضَ عَلَيْهِ ، فَإِنْ تَخَلَّلَ بَيْنَ وَطْئِهِمَا حَيْضَةٌ . . فَلِلثَّانِي ، إِلاَّ أَنْ يَكُونَ الأَوَّلُ زَوْجاً فِي نِكَاحٍ صَحِيحٍ ، . . . .

ألفاظ العقود ينزل **على الصحيح** ، لكن يعكر عليه التعبير بالصحة في الصورة الآتية[١] .

ولو قيد هنا وأطلق هناك . . لكان أولى ؛ لإمكان الإحالة عليه ، أو يطلق فيهما ؛ حملاً للفظه **على الصحيح** .

قوله : (فإذا ولدت لما بين ستة أشهر وأربع سنين من وطئهما وادعياه . . عرض عليه) للإمكان منهما ، وتداعيهما ليس بشرط ؛ كما سبق[٢] .

قوله : (فإن تخلل بين وطئهما[٣] حيضة . . فللثاني) أي : إذا تخلل بين الوطئين حيضة . . فهي أمارة ظاهرة في حصول البراءة عن الأول فينقطع تعلقه ؛ لأن وجود الحيض بعد الوطء يقطع فراش ملك اليمين ، حتى لو أتت الأمة بعدُ بولد يمكن أن يكون من الواطئ . . لا يلحقه وإن لم يحصل وطء يمكن إضافة العلوق إليه ، فمع حصوله أولى ، وإذا انقطع الأول . . تعين للثاني ؛ لأن فراشه لم ينقطع بعد وجوده .

قوله : (إلا أن يكون الأول زوجاً في نكاح صحيح) أي : والثاني واطئاً بشبهة ، أو في نكاح فاسد ، فلا ينقطع تعلق الأول ؛ لأن إمكان الوطء مع فراش النكاح قائم مقام نفس الوطء ، والإمكان حاصل بعد الحيضة .

واحترز بالصحيح : عما لو كان الأول زوجاً في نكاح فاسدٍ . . ففي انقطاع

---

(١) أي : آنفاً في قول المتن : (إلا أن يكون الأول في نكاح صحيح) .

(٢) أي : آنفاً في شرح قول المتن : (فإذا تداعيا مجهولاً . . .) إلخ .

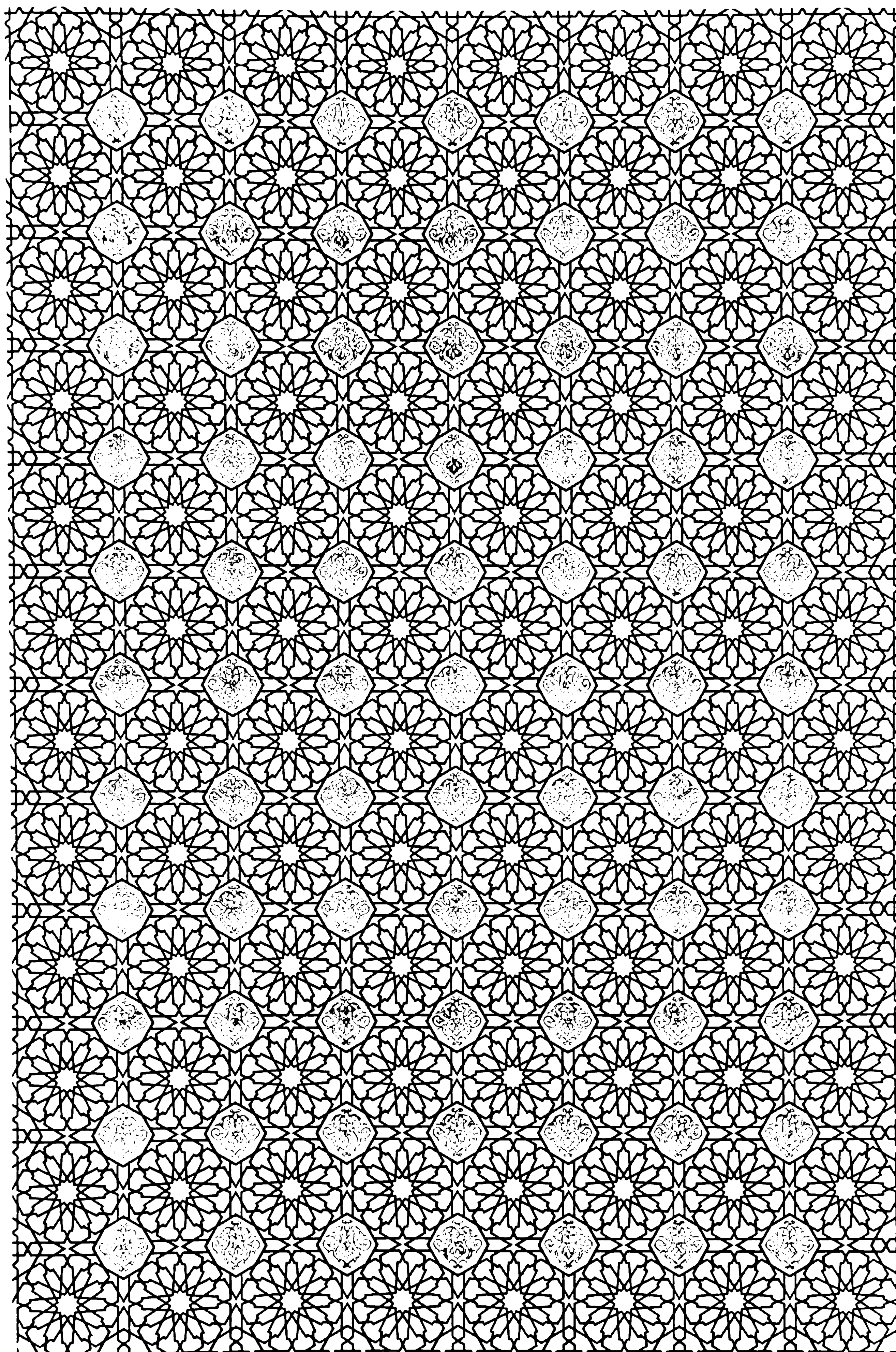
(٣) وفي جميع الشروح : (وطأيهما) .

وَسَوَاءٌ فِيهِمَا اتَّفَقَا إِسْلاَماً وَحُرِّيَّةً أَمْ لاَ .

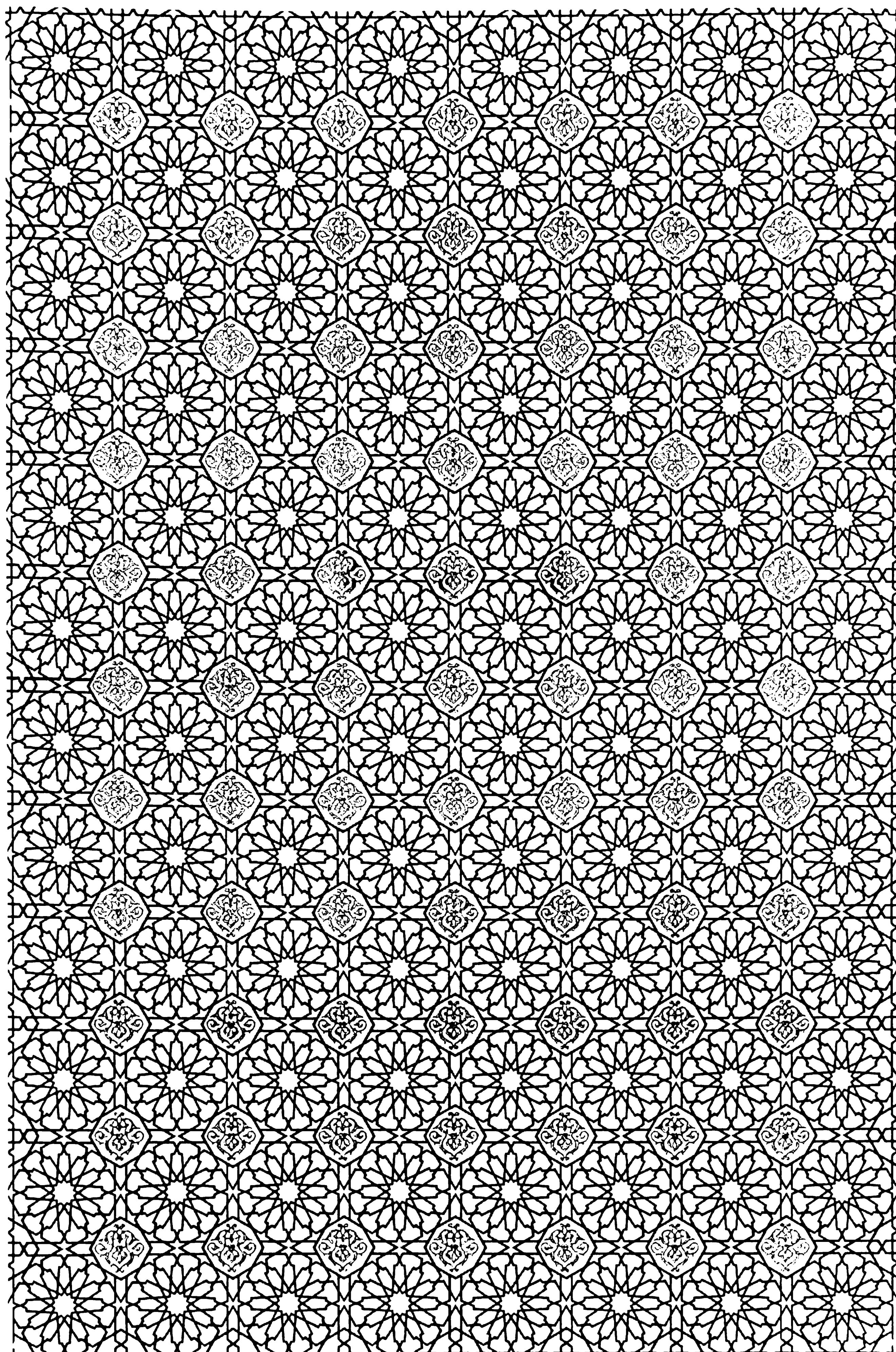
تعلقه بتخلل الحيضة قولان ؛ **أظهرهما** : الانقطاع ؛ لأن المرأة في النكاح الفاسد لا تصير فراشاً ما لم توجد حقيقة الوطء .

قوله : (وسواء فيهما) أي : في المتنازعين (اتفقا إسلاماً وحرية أم لا) لأنه لو انفرد كل منهما بدعواه.. لحقه ، فكذا إذا اشتركا ، وهو تفريع على صحة استلحاق العبد ، **وهو الأظهر** ، والله أعلم .

* * *



كتاب العتق



كِتَابُ الْعِتْقِ

. . . .

(كتاب العتق)

ذكر الأزهري : أن مادته تدور على التقدم ، ومنه عتق الفرس الخيل : إذا سبقها ، أو القوةِ والسراحِ ، ومنه : عتق الفرخ : إذا طار واستقل ، فكأن العبد إذا فك من الرق . . تخلص واستقل(١) .

ويقال : أعتقت الغلام ، فهو معتق وعتيق ، قال ابن درستويه : والعامة تقول : عتقته ، وهو خطأ .

وفي الشرع : إسقاط الملك عن الآدمي ؛ تقرباً إلى الله تعالى ، فأخرج الطير والبهائم ، فلا يصح عتقها **على الأصح** .

ويحتج لمقابله بما رواه أبو نعيم عن أبي الدرداء : أنه كان يشتري العصافير من الصبيان فيرسلهم(٢) .

قال ابن الصلاح : والخلاف فيما ملك بالاصطياد ، أما البهائم الإنسية . . فإعتاقها من قبيل سوائب الجاهلية ، وذلك باطل قطعاً .

ولا يَرِدُ الوقف ؛ لأنه نقل ملك إلى الله تعالى لا إسقاط ؛ ولهذا يضمن بالقيمة فدل على بقاء الملك .

والأصل فيه : قوله تعالى : ﴿ وَمَآ أَدۡرَىٰكَ مَا ٱلۡعَقَبَةُ * فَكُّ رَقَبَةٍ ﴾ [البلد : ١٣] أي : الجواز على العقبة بفك الرقبة .

---

(١) الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي (ص : ٢٨١) ، تهذيب اللغة (١/ ٢١٠) .

(٢) تاريخ أصبهان لأبي نعيم (٢/ ١٣٧) .

إِنَّمَا يَصِحُّ مِنْ مُطْلَقِ التَّصَرُّفِ ، وَيَصِحُّ تَعْلِيقُهُ . . . .

وفي « الصحيحين » : « **مَنْ أَعْتَقَ رَقَبَةً مُؤْمِنَةً . أَعْتَقَ الله بِكُلِّ عُضْوٍ مِنْهَا عُضْواً مِنْهُ مِنَ النَّارِ حَتَّى فَرْجَهُ بِفَرْجِهِ** »[١] .

والإجماع على صحة الإعتاق ، وعلى أنه من القربات .

قوله : (**إنما يصح من مطلق التصرف**) أي : فيما يعتقه ، وهو : المكلف ، فلا يصح عتق المجنون والصبي مميزاً كان أو غيره ؛ لعدم أهليته .

والمراد بإطلاق التصرف : ترتبُه على الملك ، فغير المالك لا يصح إعتاقه إلا بوكالة أو ولاية .

وخرج بما ذكره : المحجور بسفه أو فلس .

نعم ؛ تصح وصية السفيه بالعتق **على المذهب** .

وفي تنجيزه العتق في مرض موته وجهان بناهما الماوردي على تغليب حجر السفه ، أو حجر المرض ، **فعلى الثاني** : يصح في ثلثه كالمريض الرشيد[٢] .

ويَرِد عليه المشتري قبل القبض يصح إعتاقه مع أنه ليس بمطلق التصرف .

والوارث يصح إعتاقه رقبة العبد الموصى بمنفعته مع أنه غير تام الملك فيه ؛ كما قاله الرافعي في (الوصية)[٣] .

قوله : (**ويصح تعليقه**) أي : على محقق الوقوع وغيره ؛ قياساً على التدبير .

وذكر الرافعي في (كتاب الصداق) : أن التعليق ليس بعقد قربة[٤] ، أي :

---

(١) صحيح البخاري (٦٧١٥) ، صحيح مسلم (١٥٠٩/ ٢٢) عن أبي هريرة رضي الله عنه .

(٢) الحاوي الكبير (٨/ ٢١) .

(٣) الشرح الكبير (٧/ ١١٢) .

(٤) الشرح الكبير (٨/ ٣١٧) .

وَإِضَافَتُهُ إِلَى جُزْءٍ فَيَعْتِقُ كُلُّهُ ، ....

ليس أصل وضعه لذلك .

وقد يقترن به ما يقتضي كونه قربة ؛ كمن علق عتق عبده على تحصيل نفع لمن يتقرب بتحصيل النفع له ؛ كقوله : إن خدمت العالم الفلاني سنة . . فأنت حر ، أو على إيجاد قربة ؛ كقوله : إن صليت الضحى . . فأنت حر ، ونحو ذلك ، قاله في « التحرير »[١] .

وكلامه يفهم : أنه لا يفسد بالشروط الفاسدة ، وبه صرح القفال في « فتاويه » .

وفي « البسيط » : إذا وَقَّته . . نفذ ولغا التوقيت ، حكاه الزركشي .

وقد يفهم : أنه يعتبر في تعليق الإعتاق إطلاق التصرف ، وليس كذلك ، فإنه يصح تعليقه من الراهن المعسر والموسر على صفة توجد بعد الفك ، أو يحتمل وجودها قبله وبعده .

وكذا من مالك العبد الجاني الذي تعلقت الجناية برقبته ، ومن المحجور عليه بفلس أو ردة ، قاله في « التحرير »[٢] .

قوله : (**وإضافته إلى جزء**) أي : إن كان باقيه له معيناً كان ؛ كاليد ، أو شائعاً ؛ كالبعض (**فيعتق كله**) لما روى أبو داود والنسائي : أن رجلاً أعتق شقصاً له من غلام ، فذكر ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فقال : « **لَيْسَ لله شَرِيكٌ** »[٣] .

وصح عن ابن عباسٍ : أن رجلاً سأله فيمن قال لأمته : فرجك حر ، قال :

---

(١) تحرير الفتاوي (٣/ ٧٨١) .

(٢) تحرير الفتاوي (٣/ ٧٨٢) .

(٣) سنن أبي داود (٣٩٣٣) ، السنن الكبرى (٥١٦٢) عن أبي المليح عن أبيه .

وَصَرِيحُهُ : تَحْرِيرٌ وَإِعْتَاقٌ ، وَكَذَا فَكُّ رَقَبَةٍ فِي الأَصَحِّ ، ....

(هي حرة أُعتِقَ فيها قليل أو كثير)[١] .

قال ابن حزم : ولا يعرف له مخالف من الصحابة[٢] .

ولأنه إذا سرى العتق إلى ملك الشريك عند قدرته على ثمنه.. فإلى باقي ملكه أولى .

وأفهم إطلاقه : أنه لا فرق بين الموسر والمعسر ، بخلاف ما إذا كان باقيه لغيره .

قوله : (وصريحه : **تحرير وإعتاق**) أي : وما تصرف منهما ؛ كـ : أنت حر ، أو : محرر ، أو : حررتك ، أو : أنت عتيق ، أو : معتق ؛ لورودها في القرآن والسنة[٣] .

نعم ؛ لو قال : أعتقك الله ، أو : الله أعتقك.. فأوجه من غير ترجيح ثالثها : صراحة : الله أعتقك ، بخلاف عكسه ؛ لأنه دعا له بالإعتاق فهو كناية .

وقال البلقيني : التحرير والإعتاق اللذان هما مصدران ليسا صريحين إنما الصريح ما اشتق منهما ، فلو قال : أنت تحرير أو إعتاق.. كان كقوله للمرأة : أنت طلاق ، فيكون كناية في **الأصح** ، فكان ينبغي أن يقولوا : (ما اشتق من التحرير والإعتاق) .

قوله : (وكذا فك رقبة في **الأصح**) لوروده في القرآن[٤] .

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في « المصنف » (٢١٠٩٠) عن ابن عباس رضي الله عنهما .

(٢) المحلَّى بالآثار ، دار الفكر . (٨/ ١٧٢) .

(٣) أما في القرآن.. فقال تعالى : ﴿ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ ﴾ [النساء : ٩٢] ، وأمّا في السنة.. فقد مر آنفاً .

(٤) قال تعالى : ﴿فَكُّ رَقَبَةٍ﴾ [البلد : ١٣] .

وَلاَ يَحْتَاجُ إِلَى نِيَّةٍ ، وَتَحْتَاجُ إِلَيْهَا كِنَايَتُهُ ، وَهِيَ : لاَ مِلْكَ لِي عَلَيْكَ ، لاَ سُلْطَانَ ، لاَ سَبِيلَ ، لاَ خِدْمَةَ ، . . . .

والثاني : أنه كناية ؛ لأنه يشمل العتق وغيره ، وصححه الجرجاني والجاجرمي والجيلي وغيرهم .

وفي « البحر » عن نص « الأم » : أن فككت رقبتك من الرق صريح ، وقال : **إنه ظاهر المذهب**(١) .

قال الزركشي : **وقضية النص** : أن الاقتصار على : فككت وفكيت . . ليس بصريح .

قوله : (**ولا يحتاج**) أي : الصريح (**إلى نية**) أي : بل يعتق به وإن لم يقصد إيقاع العتق ؛ لأن هزله جد ؛ كما رواه الترمذي(٢) .

نعم ؛ لو كان اسمها قبل الرق (حرة) وقصد النداء . . لم يعتق في **الأصح** ، وإن لم يخطر له النداء باسمها القديم . . عتقت .

ولو كان اسمها في الحال حرة فإن قصد النداء . . لم تعتق ، وكذا إن أطلق **في الأصح** .

قوله : (**وتحتاج إليها**) أي : إلى النية (**كنايته**) أي : لاحتمالها العتق وغيره ؛ كسائر ما تدخله الكناية .

وقضية إطلاقه : أنه لا فرق بين أن يحتف بها قرائن أم لا .

قوله : (**وهي : لا ملك لي عليك ، لا سلطان ، لا سبيل ، لا خدمة** ،

---

(١) بحر المذهب (١٠/ ٣٨) .

(٢) سنن الترمذي (١٢٢٠) عن أبي هريرة رضي الله عنه ، وفيه بدل (العتق) الرجعة ؛ كما نبه عليه الحافظ ابن حجر في « التلخيص الحبير » (٣/ ٤٤٨) ، وأخرجه بلفظ (العتق) الطبراني في « الكبير » (١٨/ ٢١٤) عن فضالة بن عبيد رضي الله عنه .

أَنْتِ سَائِبَةٌ ، أَنْتَ مَوْلاَيَ ، وَكَذَا كُلُّ صَرِيحٍ أَوْ كِنَايَةٍ لِلطَّلاَقِ . وَقَوْلُهُ لِعَبْدٍ : أَنْتِ حُرَّةٌ ، وَلأَمَةٍ : أَنْتَ حَرٌّ . صَرِيحٌ .

أنت سائبة ، أنت مولاي) لإشعارها بقرائن الملك مع احتمال غيره .

وفي (لا خدمة) وجه : أنه ليس بشيء وإن نوى ؛ لأن الخدمة لا تدل على الملك ؛ إذ تجوز الوصية له بالخدمة دون الرقبة .

ولو قال المصنف : (وهي كقوله) . . لكان أحسن ؛ لئلا يتوهم الحصر .

والضابط : كل ما لا ينتظم إلا بتقدير استعارة أو إضمار .

فرع : العتق بالعجمية كناية إن نوى ، وإلا . . فلا ، ذكره في « المحرر »[1] وأسقطه « المنهاج » .

قوله : (وكذا كل صريح أو كناية للطلاق) أي : كـ : أنت طالق ، وحبْلُك على غارِبِك . . فإنه كناية هنا ؛ لإشعاره بإزالة قيد الملك .

ويستثنى قوله : أنا منك حر . . فإنه ليس كناية في العتق وإن كان قوله : أنا منك طالق . . كناية في الطلاق .

وما لو قال لعبده : اعتدَّ ، أو : استَبْرِئْ رحمك ونوى العتق . . فإنه لا يعتق ؛ لاستحالته في حقه .

ولو قاله لأمته . . فوجهان ، وينبغي اختصاصهما بما إذا لم تكن الأمة موطوءة ، فإن كانت . . كان ذلك كناية قطعاً ، قاله في « التحرير »[2] .

قوله : (وقوله لعبد : أنت حرة ، ولأمة : أنت حر . . صريح) تغليباً للإشارة على العبارة ، ولا أثر للخطأ في التذكير والتأنيث .

---

(١) المحرر (٣/ ١٧٤٤) .

(٢) تحرير الفتاوي (٣/ ٧٨٤) .

وَلَوْ قَالَ : عِتْقُكَ إِلَيْكَ أَوْ : حُرِّيَّتُكَ ، وَنَوَى تَفْوِيضَ الْعِتْقِ إِلَيْهِ فَأَعْتَقَ نَفْسَهُ فِي الْمَجْلِسِ . . عَتَقَ ، أَوْ : أَعْتَقْتُكَ عَلَى أَلْفٍ ، أَوْ : أَنْتَ حُرٌّ عَلَى أَلْفٍ ، فَقَبِلَ ، . . . .

قوله : (**ولو قال : عتقك إليك ، أو حريتك**[١] **ونوى تفويض العتق إليه فأعتق نفسه في المجلس . . عتق**) أي : كما في الطلاق .

وفيه خلاف في أنه تمليك أو توكيل ، وقياسه مجيئه هنا ، قاله الزركشي .

وعبارة « المحرر » و« الروضة » : جعلت عتقك إليك[٢] ، فحذف في « المنهاج » لفظ : (جعلت) كأنه رأى أنها غير مؤثرة ، قال البلقيني : **وهو محتمل** .

وقوله : (**ونوى**) قيد في الأخيرة .

قال في « التحرير » : (خيرتك) بخاء معجمة من التخيير كذا في نسخ « المنهاج » ، وصوَّب في « المهمات » : (حريتك)[٣] .

قال العراقي : متى كانت الصيغة : جعلت حريتك إليك . . كان صريحاً في التفويض ولم يحتج إلى نية[٤] . **ومقتضى عبارة الكتاب** : امتداد ذلك إلى انقضاء المجلس ، وليس كذلك ، وعبارة « أصل الروضة » : فأعتق نفسه في الحال[٥] ، **وهو المعتمد** كنظيره من تفويض الطلاق .

قوله : (**أو : أعتقتك على ألف ، أو : أنت حر على ألف فقبل**) أي : في

---

(١) وفي « المنهاج » وسائر الشروح المطبوعة : (أو : خيَّرتك) بدل (أو حريتك) .
(٢) المحرر (٣/ ١٧٤٤) ، روضة الطالبين (٨/ ٣٨٢) .
(٣) المهمات (٩/ ٤٣٠) .
(٤) تحرير الفتاوي (٣/ ٧٨٥) .
(٥) روضة الطالبين (٨/ ٣٨٢) .

أَوْ قَالَ لَهُ الْعَبْدُ : أَعْتِقْنِي عَلَى أَلْفٍ ، فَأَجَابَهُ . . عَتَقَ فِي الْحَالِ وَلَزِمَهُ الأَلْفُ .

الحال (أو قال له العبد : أعتقني على ألف فأجابه . . عتق في الحال ولزمه الألف) أي : في الصور الثلاث كالخلع ، بل أولى ؛ لتشوف الشرع إلى تحصيل الرقبة دون الفراق .

فعلى هذا : هو من جانب المالك معاوضة فيها شائبة التعليق ، ومن جانب المستدعي معاوضة نازعة إلى الجعالة ، ولا يقدح كونه تمليكاً ؛ إذ يغتفر في الضمني ما لا يغتفر في المقصود .

وفي « الحاوي » وجه : أنه لا يعتق ؛ لأن للزوجة مدخلاً في رفع النكاح بالفسخ ، وليس للعبد مدخل في رفع الرق عن نفسه فكان العتق أخف حكماً[١] .

وقوله : (**عتق في الحال**) تبع فيه « المحرر »[٢] ، ولا فائدة له .

ولم يذكره في « الروضة » و« أصلها » إلا فيما لو قال : أعتقتك على كذا إلى شهر ، فقبل . . عتق في الحال والعوض مؤجل[٣] .

وصورة مسألة الكتاب : أن يكون في الذمة ، فلو كانت معينة ؛ بأن يكون في يد العبد ألف اكتسبها فقال السيد : أعتقتك على هذا الألف . . **فقيل** : يعتق ولا شيء على العبد ، والألف ملك السيد ؛ لأنه كسب عبده .

وقيل : يعتق ويتبعه بالزيادة إلى تمام قيمته ، ذكره القفال في « فتاويه » عن أبي بكر الفارسي .

---

(١) الحاوي الكبير (٢٢/ ٢٢٧) .

(٢) المحرر (٣/ ١٧٤٥) .

(٣) روضة الطالبين (٨/ ٣٨٢ـ ٣٨٣) ، الشرح الكبير (١٣/ ٣٠٩) .

وَلَوْ قَالَ : بِعْتُكَ نَفْسَكَ بِأَلْفٍ ، فَقَالَ : اشْتَرَيْتُ . . فَالْمَذْهَبُ : صِحَّةُ الْبَيْعِ ، . . . .

وصورتها **أيضاً** : ألاّ يتضمن التعليق على الدفع ، فلو قال : إن أعطيتني ، أو : أديت لي ألفاً فأنت حر . . قال الرافعي في (باب الكتابة) : لا يمكن أن يعطي مما في يده فإنه لا يملك شيئاً ، فهو كما لو قال : إن أعطيتني ألفاً فأنت طالق ، فأعطته ألفاً مغصوباً . . لا يقع الطلاق **على الأصح**[١] .

قال الزركشي : وفيما قاله نظر ؛ لإمكان إعطائه من مال نفسه مع كونه رقيقاً ؛ بأن يكاتب السيد .

وقضية الإلحاق بالخلع : أنه لو قال : أنت حر وعليك ألف . . يعتق مجاناً وإن قبل ، وبه صرح في « الكفاية »[٢] ، وهو خارج عن تصوير المصنف بصيغة الشرط .

قوله : (**ولو قال : بعتك نفسك بألف ، فقال : اشتريت . . فالمذهب : صحة البيع**) أي : كالكتابة ، ولأن البيع أثبت والعتق فيه أسرع ، فعلى هذا : لو أقر السيد ببيعه . . عتق ، ولا يلزم العبد الثمن .

ونقل الربيع قولاً : أنه لا يصح ، فإنه عامل رقيقه بالبيع المحقق ، فمنهم من أثبته ، ومنهم من زيفه ، وقال : إنه من تخريجه ، وقطع بالأول ، وتعبير المصنف بـ(المذهب) يقتضيه ، قال الزركشي : هذا ما ذكره الرافعي[٣] .

وفي « الإشراف » للهروي ، و« روضة الحكام » لشريح : أن المزني

---

(١) الشرح الكبير (١٣/ ٤٤٤) .

(٢) كفاية النبيه (١٢/ ٣٣٥) .

(٣) الشرح الكبير (١٣/ ٤٤٥) .

وَيَعْتِقُ فِي الْحَالِ وَعَلَيْهِ أَلْفٌ ، وَالْوَلاَءُ لِسَيِّدِهِ .

وَلَوْ قَالَ لِحَامِلٍ : أَعْتَقْتُكِ ، أَوْ : أَعْتَقْتُكِ دُونَ . . . .

روى : صحة البيع ، ونقل عن الشافعي الرجوع عنه ، وأن ذلك كتابة حالة بلفظ البيع فتكون فاسدة .

والمعروف وإن ثبت الخلاف : الصحة ؛ كما يصح شراؤه لمن يعتق عليه ، بل شراء العبد نفسه أقرب إلى العتاقة من شراء القريب .

قوله : (**ويعتق في الحال وعليه ألف**) أي : وكأنه على مال كالخلع ؛ ولهذا كان عقد عتاقة **على الأصح** ، لا بيعاً فلا يثبت فيه خيار المجلس ، ولو كان بيعاً . . ثبت فيه ، ويثبت الولاء للسيد ، ولو كان بيعاً . . لم يثبت .

وقال الهروي في « الإشراف » : تظهر فائدته أيضاً فيما لو قال : أنت حر على ألف ؛ فإن قلنا : بيع . . نفذ وتجب قيمته ، وإن قلنا : عتق بعوض . . صح ويجب المسمى .

وما جزم به من وجوب الألف هو المشهور ، قاله الزركشي .

قوله : (**والولاء لسيده**) أي : **على الأصح** ؛ لأنه عتق بعقد معاوضة ، فهو كما لو كاتبه ، ولأن الولاء لمن أعتق ، وهذا عقد غلب فيه شائبة العتق .

وقيل : لا ولاء عليه ؛ لأنه عتق على ملك نفسه .

وهذا إذا باعه نفسه جميعاً ، فلو باعه بعض نفسه . . فهل يسري على البائع ؟ قال البغوي في « فتاويه » : نعم ؛ إذا كان الولاء له ؛ كما لو قال : أعتقته ، فإن قلنا : لا ولاء له . . لم يسر ؛ كما لو باعه من غيره[١] .

قوله : (**ولو قال لحامل** : **أعتقتك**) أي : وأطلق (**أو أعتقتك دون**

---

(١) فتاوى البغوي (ص : ٤٧٢) .

حَمْلِكِ. . عَتَقَا ، وَلَوْ أَعْتَقَهُ. . عَتَقَ دُونَهَا ، . . . .

حملك. . عتقا) أي : على المشهور .

أما في الأولى. . فكما يدخل الحمل في البيع ، لكن **الأصح** : أنه يعتق بالتبعية دون السراية ؛ لأن السراية في الأشقاص ، لا في الأشخاص .

وحكى الإمام : قولاً في العقود الاختيارية التي لا تتضمن عوضاً ؛ كالهبة والرهن. . أن الحمل فيها لا يتبع ، وعزاه للجديد[١] .

وأما في الثانية. . فلأن ابن عمر أعتق أمة واستثنى ما في بطنها[٢] . ثبت ذلك عنه ؛ كما قاله ابن المنذر في (باب الهبة)[٣] ؛ أي : ولا يعرف له مخالف ، ولأنه جزء منها .

ويخالف ما لو قال : بعتك الجارية دون حملها. . فإنه لا يصح ؛ لأن العتق لا يبطل بالاستثناء ؛ لقوّته .

قال الزركشي : **كأن المسألة مصورة** بما إذا أعتقها في صحته ، أو مرض موته والثلث يفي بالكل ، أما إذا لم يف الثلث إلا بها دون الحمل. . فيحتمل أن يقال : إنها تعتق دونه ؛ كما لو قال : أعتقت سالماً وغانماً وكان الأول ثلث ماله ؛ إذ لا فرق بين أن يوقت العتق ، أو يرتبه الشرع على سبيل التبعية .

قوله : (ولو أعتقه. . عتق دونها) أي : **على الصحيح** ؛ لأن الأصل لا يتبع الفرع ، وحكى ابن المنذر فيه : الإجماع[٤] . قال الإمام في (كتاب

---

(١) نهاية المطلب (٥/٢٥٧) .

(٢) أخرجه ابن حزم في « المحلى » (٨/١٦٩) وقال : (هذا إسناد كالشمس من أوله إلى آخره) .

(٣) الإشراف على مذاهب العلماء (٨/٨٩). .

(٤) الإجماع (ص : ١١٢) .

وَلَوْ كَانَتْ لِرَجُلٍ وَالْحَمْلُ لآخَرَ . . لَمْ يَعْتِقْ أَحَدُهُمَا بِعِتْقِ الآخَرِ .

وَإِذَا كَانَ بَيْنَهُمَا عَبْدٌ فَأَعْتَقَ أَحَدُهُمَا كُلَّهُ أَوْ نَصِيبَهُ . . عَتَقَ نَصِيبُهُ ، . . . .

الوصية) : ولم يصر إلى خلافه أحد من الأصحاب غير الشيخ أبي بكر الطوسي(١) .

ونقله الرافعي عن الشيخ أبي إسحاق أيضاً بالقياس على عكسه(٢) .

وفرق الجمهور ؛ بأنه إنما وقع العتق عليه تبعاً ؛ كاندراجه في البيع ، وإلا . . فلا تبعية عند توجيه العتق إليه ابتداءً ؛ لأن الأصل لا يتبع الفرع ، وإنما يعتق منفرداً إذا كان نفخ فيه الروح ، وأما قبل ذلك . . فلا .

قوله : (**ولو كانت لرجل والحمل لآخر . . لم يعتق أحدهما بعتق الآخر**) أي : وإن كان موسراً ، أما في عتق الحمل . . فبلا خلاف ؛ لأن الأم لو كانت له . . لكانت لا تعتق بعتق الحمل ، فلأَنْ لا تعتق وهي لغيره أولى ، وأما في عتق الأم . . **فعلى الصحيح** ؛ لأن اختلاف الملك يمنع الاستتباع ، ولأن الحمل لا يعتق بعتق الأم على وجه السراية ، بل بالتبعية .

فائدة : يتصور ملك الحمل في الوصية والرد بالعيب . . فيما إذا حدث الحمل على ملك المشتري ثم رَدّه وقلنا : الرد لا يتعدى للحمل الحادث ، بخلاف العكس **على الأصح** فيهما .

وفي الهبة فيما إذا وهب الحامل وأطلق . . فإن الإمام حكى عن الجديد : أنه لا يدخل الحمل في الهبة(٣) .

قوله : (**وإذا كان بينهما عبد فأعتق أحدهما كله أو نصيبه . . عتق نصيبه**)

---

(١) نهاية المطلب (١١/ ٢٦٥) .

(٢) الشرح الكبير (١٣/ ٣١٢) .

(٣) نهاية المطلب (٥/ ٢٥٧) .

فَإِنْ كَانَ مُعْسِراً . . بَقِيَ الْبَاقِي لِشَرِيكِهِ ، وَإِلاَّ . . سَرَى إِلَيْهِ أَوْ إِلَى مَا أَيْسَرَ بِهِ ، . . . .

أي : سواء الموسر والمعسر ؛ لما سيأتي[١] .

وصورة عتق النصيب : أن يقول : نصيبي منك حر ، أو : أعتقت بعضك الذي أملكه .

فلو قال : نصفك حر ، وكان يملك نصفه . . فهل يعتق نصيبه كله ابتداءً ، أو يقع على نصف النصف مشاعاً فيعتق الربع ، ثم يسري إلى الربع الآخر فقط إن كان معسراً ، أو إلى الكل إن كان موسراً ؟ وجهان .

قال الإمام : ولا فائدة لهما إلا في تعليق طلاق أو عتق[٢] .

وقال ابن الرفعة : فائدتهما لو وكله شريكه في عتق نصيبه فقال الوكيل للعبد : نصفك حر ، وأطلق . . فهل يعتق عن الوكيل أو عنه ؟ وجهان[٣] .

قال في « الروضة » : لعل الثاني أصح ، وتمامها في « الروضة » إن قال : أردت نصيبي . . قوّم عليه نصيب شريكه ، وإن قال : أردت نصيب شريكي . . قوّم على الشريك نصيب الوكيل[٤] .

قوله : (فإن كان معسراً) أي : عند الإعتاق (. . بقي الباقي لشريكه) أي : على حاله (وإلا) أي : وإن كان موسراً (. . سرى إليه أو إلى ما أيسر به) لقوله صلى الله عليه وسلم : « **مَنْ أَعْتَقَ شِرْكاً لَهُ فِي عَبْدٍ وَكَانَ لَهُ مَالٌ يَبْلُغُ ثَمَنَ الْعَبْدِ . . قُوِّمَ عَلَيْهِ الْعَبْدُ قِيمَةَ عَدْلٍ فَأُعْطِيَ شُرَكَاءُهُ حِصَصَهُمْ ، وَعَتَقَ عَلَيْهِ**

---

(١) أي : آنفاً في المتن وشرحه .

(٢) نهاية المطلب (١٩/ ٢٠٥) .

(٣) كفاية النبيه (١٢/ ٣٠٦) .

(٤) روضة الطالبين (٨/ ٤٠٢) .

وَعَلَيْهِ قِيمَةُ ذَلِكَ يَوْمَ الإِعْتَاقِ . . . .

الْعَبْدُ ، وَإِلاَّ . . فَقَدْ عَتَقَ مِنْهُ مَا عَتَقَ » . متفق عليه[١] .

وأما رواية السعاية[٢] فمدرجة فيه ؛ كما قاله الحفاظ ، أو محمولة على أنه يستسعي لسيده الذي لم يعتق ؛ يعني : يخدمه بقدر نصيبه ؛ كيلا يظن أنه يحرم عليه استخدامه ، ويتعين ذلك جمعاً بين الأحاديث .

وما ذكره المصنف في اليسار بالبعض **هو الأصح** المنصوص[٣] كبدل المتلف .

وما ذكرناه من اعتبار اليسار والإعسار بحالة الإعتاق هو على الأقوال كلها .

وليس المراد باليسار : الغنى ، بل أن يكون معه ما يفي بقيمة الشقص أو بعضه ، وإن لم يملك غيره . . فيصرف فيه كل ما يباع في الدين من مسكن وخادم ، وما فضل عن قوت يومه له ، ولمن يلزمه نفقته ، ودست ثوب لائق به ، وسكنى يوم .

قوله : (وعليه قيمة ذلك يوم الإعتاق) أي : لأنه وقت سببه كالجناية على العبد إذا سرت لنفسه يعتبر وقت الجناية لا يوم الموت .

وهذا إذا قلنا : يسري بنفس الإعتاق ، أو قلنا بالوقف ، فإن قلنا بالأداء . . **فالأصح** : كذلك ، **وقيل** : يوم الأداء ، **وقيل** : الأكثر منهما .

والمراد بيوم الإعتاق : وقته .

---

(١) صحيح البخاري (٢٥٢٢) ، صحيح مسلم (١٥٠١) عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما .

(٢) وهي : عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « **مَنْ أَعْتَقَ نَصِيباً ـ أَوْ شِقْصاً ـ فِي مَمْلُوكٍ . . فَخَلاَصُهُ عَلَيْهِ فِي مَالِهِ إِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ ، وَإِلاَّ . . قُوِّمَ عَلَيْهِ فَاسْتُسْعِيَ بِهِ غَيْرَ مَشْقُوقٍ عَلَيْهِ** » . أخرجه البخاري (٢٥٢٧) ، ومسلم (١٥٠٣) .

(٣) الأم (٩/ ٢٨٣ـ ٢٨٤) .

وَتَقَعُ السِّرَايَةُ بِنَفْسِ الإِعْتَاقِ ، وَفِي قَوْلٍ : بِأَدَاءِ الْقِيمَةِ ، . . . .

وقضية كلامه : أن الواجب قيمة حصة الشريك إذا قومت وحدها ، لا ما يخصه من قيمة جميع العبد باعتبار التوزيع ، حتى إذا كان العبد يساوي ثلاث مئة ، ونصفه يساوي مئة فأعتق أحد الشريكين نصفه . . سرى إلى النصف الآخر ولا يلزمه إلا مئة ، ذكره القاضي أبو الطيب في (باب الغصب) من « شرح الفروع » .

قال ابن الرفعة : وهو ظاهر التوجيه ، ومثله قول الأصحاب : أن الواجب للزوج إذا طلق قبل الدخول وتعذر الرجوع إلى الشطر قيمة النصف ، لا نصف القيمة .

وهذا الذي حكاه عن الأصحاب لم يحكه الرافعي في (الصداق) إلا عن الغزالي ، قال : وتساهل فيه[1] .

قوله : (وتقع السراية بنفس الإعتاق) لما روى أبو داود : أنه صلى الله عليه وسلم قال : « **مَنْ أَعْتَقَ نَصِيباً لَهُ مِنْ مَمْلُوكٍ . . عَتَقَ مِنْ مَالِهِ إِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ** »[2] .

وفي « الصحيحين » : نحوه[3] .

ولأن يساره بقيمة الباقي أقيم مقام كون الباقي له في اقتضاء السراية فيحصل بنفس اللفظ ؛ كما لو أعتق بعض عبده .

(وفي قول) أي : قديم (بأداء القيمة) لأن التقويم لإزالة الضرر عن العبد والشريك ، وفي إزالة ملك الشريك قبل حصول العوض إضرار به ؛ فإنه

(١) الشرح الكبير (٨/ ٢٩٧) .
(٢) سنن أبي داود (٣٩٣٦) عن قتادة رضي الله عنه .
(٣) وهو حديث ابن عمر رضي الله عنهما المارّ آنفاً .

وَفِي قَوْلٍ : إِنْ دَفَعَهَا . . بَانَ أَنَّهَا بِالإِعْتَاقِ .

وَاسْتِيلاَدُ أَحَدِ الشَّرِيكَيْنِ الْمُوسِرِ يَسْرِي ، وَعَلَيْهِ قِيمَةُ نَصِيبِ شَرِيكِهِ وَحِصَّتُهُ مِنْ . . . .

قد يفوت بهرب وغيره ، **والضرر لا يزال بالضرر** .

(وفي قول : إن دفعها . . بان أنها بالإعتاق) أي : وإن فات دفع القيمة . . بان أنه لم يعتق ؛ لأن الحكم بالعتق يضر بالسيد ، والتأخير إلى أداء القيمة يضر بالعبد ، والتوقف أقرب إلى رعاية الجانبين .

قال الرافعي : ذكر بعضهم أن هذا مخرج ، والأكثرون قالوا : هو منصوص في « البويطي » و« حرملة »[١] .

ويستثنى من المرجح : ما لو كاتبا المشترك ثم أعتق أحدهما نصيبه . . فإنا نحكم بالسراية بعد العجز عن أداء نصيب الشريك **على الصحيح** ، فإن في التعجيل ضرراً على السيد ؛ لفوات الولاء ، وبالمكاتب ؛ لانقطاع الكسب عنه .

قوله : (واستيلاد أحد الشريكين الموسر يسري) أي : كالعتق ، وهو أولى منه بالنفوذ ؛ لأنه فعل والفعل أقوى ؛ ولهذا ينفذ استيلاد المجنون والمحجور دون إعتاقهما .

واحترز بـ(الموسر) : عن المعسر فإن استيلاده لا يسري كالعتق .

ولو استولدها الثاني وهو معسر . . فهي مستولدتهما ؛ لمصادفة ملكه المستقر ، ويجب على كل منهما نصف مهرها للآخر ، ويأتي فيه أقوال التقاص .

قوله : (وعليه قيمة نصيب شريكه) للإتلاف بإزالة الملك (وحصته من

---

(١) الشرح الكبير (١٣/٣٢٦) .

مَهْرِ مِثْلٍ ، وَتَجْرِي الأَقْوَالُ فِي وَقْتِ حُصُولِ السِّرَايَةِ ، فَعَلَى الأَوَّلِ وَالثَّالِثِ : لاَ تَجِبُ قِيمَةُ حِصَّتِهِ مِنَ الْوَلَدِ . وَلاَ يَسْرِي تَدْبِيرٌ ، . . . .

مهر مثل) للاستمتاع بملك غيره ، ويجب مع ذلك أرش البكارة لو كانت بكراً ، وهل يفرد أو يدخل في المهر ؟ فيه خلاف .

قوله : (وتجري الأقوال في وقت حصول السراية ، فعلى الأول والثالث : لا تجب قيمة حصته من الولد) لأنا جعلناها أم ولدٍ في الحال فيكون الوضع في ملكه ، فلا تجب قيمة الولد .

وأفهم كلامه : الوجوب إذا قلنا بالثاني ، وهو كذلك .

وتصوير الخلاف في قيمة الولد يفهم : أن إيجاب قيمتها ومهر مثلها لا خلاف فيه ، وهو كذلك .

قوله : (ولا يسري تدبير) أي : على المشهور سواء كان جميعه ملكه أو مشتركاً ؛ لأنه ليس بإتلاف بدليل جواز بيعه ، فلا يقتضي السريان ؛ كمعلق العتق بصفة .

وعلى هذا : لو مات السيد وعتق نصيبه . . لم يسر إلى نصيب الشريك أيضاً .

والثاني : يسري وتقوم حصة الشريك على المدبر ؛ لأنه أثبت له استحقاق العتق بموته فيسري كالاستيلاد .

ودخل في كلامه : ما لو دبر المالك نصف عبده . . لم يسر إلى الباقي على الأصح المنصوص[1] ، فلو مات في هذه الصورة . . عتق ما دبره بلفظه ، وهل يعتق الباقي ؟ فيه وجهان مبنيان على ما إذا أعتق بعض عبده في حياته . . فإنه

---

(١) الأم (٩/ ٣١٤) .

وَلاَ يَمْنَعُ السِّرَايَةَ دَيْنٌ مُسْتَغْرِقٌ فِي الأَظْهَرِ .

وَلَوْ قَالَ لِشَرِيكِهِ الْمُوسِرِ : أَعْتَقْتَ نَصِيبَكَ فَعَلَيْكَ قِيمَةُ نَصِيبِي ، . . . .

يعتق كله ، لكن بطريق التعبير بالبعض عن الكل ، أو بالسراية ، فيه خلاف ، فإن قلنا بالأول . . عتق الجميع ههنا ، وإلا . . فلا .

وفرق بين أن يجعل التدبير في الحياة سارياً ، وبين أن يجعل العتق بالموت سارياً ، وأثر ذلك يظهر فيما إذا رجع عن تدبير نصيبه ، فإن جعلنا التدبير سارياً . . عتق نصيبه ورق نصفه ؛ لأن الرجوع في التدبير لا يسري ، وإن جعلنا العتق سارياً دون التدبير . . لم يعتق منه شيء ؛ لأن ما دبره . . قد رجع فيه .

قوله : (**ولا يمنع السراية دين مستغرق في الأظهر**) أي : كما لا يمنع تعلق الزكاة ، ولأنه مالك لما في يده ، ولو اشترى به عبداً وأعتقه . . نفذ ، فكذا يجوز أن يقوم عليه . **والثاني** : المنع ؛ لأنه معسر يحل له أخذ الزكاة .

قال الماوردي : ومحلهما إذا كان حالاً ، فإن كان مؤجلاً . . قوم عليه قولاً واحداً[1] .

فلو علق عتق حصته على صفة وهو مطلق التصرف ، وحجر عليه بعد ذلك بالفلس ، ووجدت الصفة قبل فك الحجر عنه ؛ فإن قلنا : الاعتبار في نفوذ العتق بحالة وجود الصفة **وهو الأصح** . . فلا سراية .

ولو علق العتق بصفة ثم حجر عليه بالسفه ، ووجدت الصفة مع قيام الحجر . . عتق عليه قولاً واحداً .

والفرق : أن المفلس لو نفذنا عتقه . . أضررنا بالغرماء ، بخلاف السفه .

قوله : (**ولو قال لشريكه الموسر : أعتقت نصيبك فعليك قيمة نصيبي**

---

(١) الحاوي الكبير (٢٢/ ١٩) .

فَأَنْكَرَ . . صُدِّقَ بِيَمِينِهِ ، فَلاَ يَعْتِقُ نَصِيبُهُ ، وَيَعْتِقُ نَصِيبُ الْمُدَّعِي بِإِقْرَارِهِ إِنْ قُلْنَا : يَسْرِي بِالإِعْتَاقِ ، . . . .

فأنكر) أي : ولا بينة (. . صدق) أي : المنكر (**بيمينه ، فلا يعتق نصيبه**) أي : إن حلف ، فإن نكل . . حلف المدعي واستحق القيمة ، ولا يحكم بعتق نصيب المدعى عليه **على الصحيح** ؛ لأن الدعوى إنما توجهت عليه ؛ لأجل القيمة ، واليمين المردودة لا تثبت إلا ما توجهت الدعوى نحوه ، ولا معنى لدعوى الغير : أنك أعتقت عبدك ، وإنما ذلك من وظيفة العبد .

وقيل : يحكم بعتقه باليمين المردودة تبعاً لدعوى القيمة ، لكن لو شهد آخر مع المدعي . . عتق .

وفائدة حلف المدعي اليمين المردودة : استحقاق القيمة .

قوله : (**ويعتق نصيب المدعي بإقراره إن قلنا : يسري بالإعتاق**) أي : مؤاخذةً له بإقراره ، وهذا إذا حلف المدعى عليه ، أو نكل وحلف المدعي اليمين المردودة كما قيده في « الروضة »[1] .

قال في « التحرير » : ولم يظهر لي وجهه ، فإنهما لو نكلا معاً . . كان الحكم كذلك فيما يظهر ؛ لوجود العلة في ذلك ، وهي إقراره .

قال : **وكلامه يفهم** : أنه لا يعتق على القولين الآخرين ، وعبارة « أصل الروضة » : وإن قلنا بالتأخر . . لم يعتق ، قال شيخنا ابن النقيب : وهذا واضح فيما إذا حلف المدعى عليه ، أما إذا لم يحلف وحلف المدعي المردودة . . فينبغي أن يعتق جزماً ؛ فإنه قد أخذ القيمة[2] .

---

(١) روضة الطالبين (٨/ ٣٩٨) .

(٢) تحرير الفتاوي (٣/ ٧٩٣) .

وَلاَ يَسْرِي إِلَى نَصِيبِ الْمُنْكِرِ .

وَلَوْ قَالَ لِشَرِيكِهِ : إِنْ أَعْتَقْتَ نَصِيبَكَ . . فَنَصِيبِي حُرٌّ بَعْدَ نَصِيبِكَ ، فَأَعْتَقَ الشَّرِيكُ وَهُوَ مُوسِرٌ . . سَرَى إِلَى نَصِيبِ الأَوَّلِ إِنْ قُلْنَا : السِّرَايَةُ بِالإِعْتَاقِ ، وَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ .

قوله : (ولا يسري إلى نصيب المنكر) أي : وإن كان موسراً ؛ لأنه لم ينشىء العتق .

واحترز بفرض المسألة في الموسر : عما لو كان المدعى عليه معسراً وأنكر وحلف . . فلا يعتق شيء من العبد ، جزم به في « الروضة » و« أصلها »[1] .

قال الزركشي : وكأن الصورة فيما إذا زعم المدعي يساره ؛ كما فرضها الغزالي[2] ، وحينئذ فينبغي عتق نصيبه على القول بحصولها فيه من الإعتاق ؛ مؤاخذةً له بإقراره .

قوله : (**ولو قال لشريكه : إن أعتقت نصيبك . . فنصيبي حر بعد نصيبك فأعتق الشريك**) أي : المقول له نصيبه (**وهو موسر . . سرى إلى نصيب الأول إن قلنا : السراية بالإعتاق ، وعليه قيمته**) أي : قيمة نصيب المعلق .

ولا يعتق بالتعليق ؛ لأنه اجتمع على النصف تعليق وسراية ، والسراية أقوى ؛ لأنها قهرية تابعة لنصيبه لا مدفع لها ، والتعليق قابل للدفع ، قاله الإمام ، وحكى اتفاق الأصحاب عليه[3] .

ولو قال : فنصيبي حر ، ولم يقل : بعد نصيبك . . فالحكم كذلك .

---

(١) روضة الطالبين (٨/ ٣٩٨) ، الشرح الكبير (١٣/ ٣٣٧) .

(٢) الوسيط (٤/ ٣٨١ـ ٣٨٢) .

(٣) نهاية المطلب (١٩/ ٢١٦) .

فَلَوْ قَالَ : فنَصِيبِي حُرٌّ قَبْلَهُ ، فَأَعْتَقَ الشَّرِيكُ ؛ فَإِنْ كَانَ الْمُعَلِّقُ مُعْسِراً . . عَتَقَ نَصِيبُ كُلٍّ عَنْهُ ، وَالْوَلاَءُ لَهُمَا ، وَكَذَا إِنْ كَانَ مُوسِراً وَأَبْطَلْنَا الدَّوْرَ ، وَإِلاَّ . . فَلاَ يَعْتِقُ شَيْءٌ .

وَلَوْ كَانَ عَبْدٌ لِرَجُلٍ نِصْفُهُ وَلآخَرَ ثُلُثُهُ وَلآخَرَ سُدُسُهُ فَأَعْتَقَ الآخِرَانِ نَصِيبَيْهِمَا مَعاً . . فَالْقِيمَةُ عَلَيْهِمَا نِصْفَانِ عَلَى الْمَذْهَبِ .

واحترز بالموسر : عما لو كان معسراً . . فيعتق على كل منهما نصيبه على المقول له بالتنجيز ، وعلى المعلق بمقتضى التعليق .

قوله : (فلو قال : فنصيبي حر قبله ، فأعتق الشريك) أي : المقول له نصيبه (فإن كان المعلق معسراً . . عتق نصيب كل عنه) أي : المنجز في الحال ، والمعلق قبله بموجب التعليق ، ولا سراية .

وعلم من تقييد المعلق بالمعسر : أنه لا فرق في الآخر بين المعسر والموسر .

قوله : (والولاء لهما) أي : لاشتراكهما في العتق .

قوله : (وكذا إن كان) أي : المعلق (موسراً وأبطلنا الدور) أي : **وهو الأصح** ، فيعتق على كل منهما نصيبه ولا شيء لأحدهما على الآخر .

قوله : (وإلا) أي : وإن صححنا الدور (. . فلا يعتق شيء) أي : على واحدٍ من الشريكين ، وهذا على القول بتعجيل السراية .

ومحل الخلاف : ما إذا لم ينجز المعلق ما علقه ، فلو نجزه . . عتق قطعاً ، وسرى بشرطه .

قوله : (ولو كان عبد لرجل نصفه ولآخر ثلثه ولآخر سدسه ، فأعتق الآخران نصيبيهما معاً . . فالقيمة عليهما نصفان على المذهب) .

. . . .

اعلم : أن الصورة المذكورة إذا أعتق فيها أحدهم نصيبه وهو موسر . . سرى العتق إلى نصيب الشريكين ، وإن كان موسراً ببعض قيمة الباقي وقلنا **بالصحيح** . . قوم عليه بنسبة المقدور عليه من نصيب كل واحدٍ منهما .

فإذا كان موسراً بثلث الباقي . . قوم عليه ثلث نصيب كل واحدٍ منهما والباقي على الموسر به .

ولو أعتق اثنان منهم نصيبهما معاً ، أو علقا بشرط واحد ، أو وكَّلا من أعتق عنهما دفعة ؛ فإن كان أحدهما فقط موسراً . . قوم عليه نصيب الثالث ؛ كما جزم به الرافعي والمصنف[1] .

وإن كانا موسرين . . قوم نصيب الثالث عليهما ، وهي مسألة الكتاب .

وفي التقويم طريقان ؛ أحدهما على قولين ؛ **أحدهما** : القيمة عليهما بالسوية ، **والثاني** : على قدر الملكين .

والطريق الثاني : القطع بأنها على عدد الرؤوس ، **وهو المذهب** ؛ لأن سبب الإتلاف لا يختلف بالقلة والكثرة ؛ كما لو مات من جراحهما المختلفة .

وضبط المصنف (الآخران) بكسر الخاء ؛ ليوافق قول « المحرر » : فأعتق الثاني والثالث[2] .

وإلا . . فلو قال : فأعتق اثنان منهما كـ« الروضة »[3] . . كان الحكم كذلك .

---

(١) الشرح الكبير (١٣/٣٢٨) ، روضة الطالبين (٨/ ٣٩٤) .

(٢) المحرر (٣/١٧٤٨) .

(٣) روضة الطالبين (٨/ ٣٩٠) .

وَشَرْطُ السِّرَايَةِ : إِعْتَاقُهُ بِاخْتِيَارِهِ ، فَلَوْ وَرِثَ بَعْضَ وَلَدِهِ . . لَمْ يَسْرِ .

قوله : (وشرط السراية : إعتاقه باختياره ، فلو ورث بعض ولده) أي : وإن سفل ، وكذا أبوه وإن علا (. . لم يسر) .

اعلم : أنه إذا ملك بعض من يعتق عليه بالقرابة . . نظر إن ملكه لا باختياره بأن ورثه . . لم يسر ؛ لأن التقويم سبيله سبيل غرامة المتلفات ، ولم يوجد منه قصد إتلاف .

وإن ملكه باختياره ؛ فإن كان بطريق يقصد به اجتلاب الملك ؛ كالشراء وقبول الهبة والوصية . . سرى ، خلافاً لما تقتضيه عبارته ، وإن كان بطريق لا يقصد به التملك غالباً ، لكنه يتضمنه ؛ بأن كاتب عبداً فاشترى شقصاً ممن يعتق على سيده ثم عجَّزه السيد فصار الشقص له وعتق عليه . . لم يسر على الأصح .

واحترز عنه بقوله : بـ(اختياره) .

ورجح البلقيني : السراية سواء أعرف أنه مملوك لمكاتبه أم لا .

وإن عجز المكاتب نفسه . . لم يسر ؛ لعدم اختيار سيده .

ولو باع شقصاً ممن يعتق على وارثه ؛ بأن باع بعض ابن أخيه بثوب ومات ووارثه أخوه أبو الابن فوجد بالثوب عيباً فرده واسترد الشقص وعتق عليه . . ففي السراية وجهان ، صحح المصنف : السراية ؛ لأنه تسبب في ملكه[1] .

واعلم : أن للسراية شروطاً قدم منها : اليسار ، وذكر هنا : الاختيار ، واقتصر على ذلك فأوهم الحصر .

والشرط الثالث : ألاّ يتعلق بمحل السراية حق لازم .

---

(١) روضة الطالبين (٨/ ٣٩٠) .

وَالْمَرِيضُ مُعْسِرٌ إِلاَّ فِي ثُلُثِ مَالِهِ ، وَالْمَيْتُ مُعْسِرٌ ، فَلَوْ أَوْصَى بِعِتْقِ نَصِيبِهِ . . لَمْ يَسْرِ .

فلو أعتق نصيبه ونصيب شريكه مرهون . . سرى **على الأصح** ؛ لأن حق المرتهن ليس بأقوى من حق المالك وتنتقل الوثيقة إلى القيمة .

ولو كان نصيب الشريك مستولداً بأن استولدها وهو معسر . . لم يسر **على الأصح** ؛ لأن السراية تتضمن النقل ، وأم الولد لا تقبل النقل .

وقيل : تسري ؛ لأن السراية كالإتلاف ، وإتلاف أم الولد يوجب القيمة .

والرابع : أن يوجه الإعتاق إلى ما يملكه ليعتق نصيبه ثم يسري ؛ بأن يقول : أعتقت نصيبي من هذا العبد ، أو : النصف الذي أملكه ، فلو قال : أعتقت نصيب شريكي ، أو : نصيب شريكي من هذا العبد حر . . فهو لغو .

تنبيه : تعبيره بالولد أحسن من تعبير « المحرر » بالقريب[1] ، **لكن مراده** : الذي يعتق عليه .

نعم ؛ أسقط المصنف قوله : (وعتق عليه) ولا بد منه ؛ لأنه قد يرثه ولا يعتق ؛ كما لو ورثه مرهوناً للوارث .

قوله : (والمريض معسر إلا في ثلث ماله) إذا أعتق شريك نصيبه في مرض موته ؛ نظر إن خرج جميع العبد من ثلث ماله . . قوم عليه نصيب شريكه وعتق ؛ لأن تصرف المريض في ثلث ماله كتصرف الصحيح في الجميع ، وإن لم يخرج من الثلث إلا نصيبه . . عتق نصيبه ولا تقويم ، وإن خرج نصيبه وبعض نصيب الشريك . . قوم عليه ذلك القدر .

قوله : (والميت معسر) أي : مطلقاً فلا سراية عليه ؛ لانتقال التركة إلى الورثة بموته (فلو أوصى بعتق نصيبه) أي : بعد موته (. . لم يسر) أي : وإن

---

(١) المحرر (٣/١٧٤٩) .

. . . .

خرج كله من الثلث ؛ لأن المال ينتقل بالموت إلى الوارث ويبقى الميت معسراً .

وقوله : (**نصيبه**) **يفهم** : التصوير بعدم ملكه للجميع ، وليس كذلك ، بل لو كان كل العبد له فأوصى بإعتاق بعضه فأعتق . . لم يسر .

وتستثنى صور :

إحداها : لو قال : أعتقوا نصيبي منه وكملوه وكان الثلث يفي بقدر قيمة باقي العبد . . فإنه يصير موسراً في الثلث ، ويسري ؛ اتباعاً للوصية .

قال القاضي أبو الطيب : إنما يكمل باختيار الشريك ؛ لأن التقويم لا يجب إلا أن يوصي به ، ثم يجري مجرى المعسر إذا أعتق ثم أيسر . . فإنه لا يقوم نصيب شريكه إلا باختياره ، وأطلقه الجمهور .

وصور الإمام والغزالي الوصية بالتكميل بقوله : اشتروا نصيب شريكي فأعتقوه ، فلو قال : أعتقوه إعتاقاً سارياً . . فلا سراية بعد الموت[١] .

الثانية : إذا أوصى لإنسان ببعض من يعتق عليه فمات الموصى له بعد موت الموصي وقَبْل القبول ، فقَبل الوصية وارثه . . فإنه يعتق من الثلث ويسري .

الثالثة : إذا كاتب الشريكان أمة فأتت من أحدهما بولدٍ ، واختارت المضي على الكتابة ثم مات المستولد وهي مكاتبة . . عتق نصيب المستولد وسرى العتق ، ويأخذ الشريك من تركة الميت القيمة المستحقة له ، نص عليه في « الأم » و« المختصر »[٢] .

---

(١) نهاية المطلب (١٩/ ٢٢٦) ، الوسيط (٤/ ٣٧٩) .

(٢) الأم (٩/ ٣٩٧) ، مختصر المزني (ص : ٤٣٧) .

فصل

إِذَا مَلَكَ أَهْلُ تَبَرُّعٍ أَصْلَهُ أَوْ فَرْعَهُ . . عَتَقَ عَلَيْهِ ، . . . .

(فصل)

[في العتق بالبعضية]

(إذا ملك أهل تبرع أصله أو فرعه . . عتق عليه) أي : بالإجماع ؛ كما قاله ابن المنذر ، وكأنه لم يعبأ بخلاف داود(١) .

أما في الأصول . . فلقوله تعالى : ﴿ وَٱخۡفِضۡ لَهُمَا جَنَاحَ ٱلذُّلِّ ﴾ [الإسراء : ٢٤] ولا يأتي خفض مع الاسترقاق .

ولقوله صلى الله عليه وسلم : « **لاَ يَجْزِي وَلَدٌ وَالِدَهُ إِلاَّ أَنْ يَجِدَهُ مَمْلُوكاً فَيَشْتَرِيَهُ فَيُعْتِقَهُ** » . رواه مسلم(٢) .

والمشهور في الرواية : رفع « فيعتقُه » ، والضمير عائد على المصدر المحذوف الذي دل عليه الفعل ، فتقديره : فيعتقه الشراء ، وظن داوود أن الرواية بنصب « فيعتقه » عطفاً على « يشتريه » فيكون الولد هو المعتق ، فقال : لا بد من إنشاء ولا يعتق بمجرد الملك .

وأما في الفروع . . فلقوله تعالى : ﴿ وَمَا يَنۢبَغِي لِلرَّحۡمَٰنِ أَن يَتَّخِذَ وَلَدًا ۞ إِن كُلُّ مَن فِي ٱلسَّمَٰوَٰتِ وَٱلۡأَرۡضِ إِلَّآ ءَاتِي ٱلرَّحۡمَٰنِ عَبۡدٗا ﴾ [مريم : ٩٢ـ ٩٣] فجعل العبودية مناقضة للولادة فدل على أنهما لا يجتمعان .

ثم **قيل** : العلة البعضية ، وضعفه ابن السمعاني بأنها انقطعت بالانفصال ؛ ولهذا لا يسري العتق من الأم إلى الولد بعد الانفصال .

---

(١) الإجماع (ص : ١١٢) ، وراجع « المحلى » (٨/ ١٨٧ـ١٨٨) .

(٢) صحيح مسلم (١٥١٠) عن أبي هريرة رضي الله عنه .

وَلاَ يُشْتَرَي لِطِفْلٍ قَرِيبُهُ ، . . . .

قال : وإنما الموجب للعتق مجرد النص وإنما ألحقنا الولد في معنى الوالد ؛ للبعضية الشرعية ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « **فَاطِمَةُ بِضْعَةٌ مِنِّي** »[(١)] .

وأما الأخ ونحوه . . فليس في معنى الولد ؛ لعدم البعضية شرعاً وحساً .

والمراد بالأصل والفرع : الثابت النسب .

وقيد المصنف بالملك فشمل : الاختياري والقهري ؛ كالشراء والهبة والوصية والإرث .

وبأهلية التبرع ، واحترز به عن المكاتب إذا ملكه ، فإنه لا يعتق عليه ، وعن المديون الذي عليه دين مستغرق فإنه إذا اشترى من يعتق عليه . . صح على **الأصح** ، ولا يعتق ؛ لحق الغرماء ؛ كما سيذكره[(٢)] .

وشمل الأصل : الأب والأم وأصلهما ، **والفرع** : الأبناء والبنات ، سواء البعيد والقريب على دينه أم لا .

قوله : (**ولا يشترى لطفل قريبه**) أي : الذي يعتق عليه ؛ لأن الولي إنما يتصرف بالغبطة ؛ كما ليس له أن يعتق عبده .

ولا يختص ذلك بالطفل ، بل المجنون والسفيه كذلك .

فلو قال : (لمحجور) . . كان أحسن .

ثم عبارته لا تقتضي بطلان الشراء مع أنه باطل ، فالممتنع الشراء والملك ، لا العتق إذا حصل الملك .

---

(١) أخرجه البخاري (٣٧١٤) ، ومسلم (٢٤٤٩/ ٩٤) عن المسور بن مخرمة رضي الله عنه .

(٢) أي : آنفاً في قول المتن : (فإن كان عليه دين . . .) إلخ .

وَلَوْ وُهِبَ لَهُ أَوْ أُوصِيَ لَهُ ؛ فَإِنْ كَانَ كَاسِباً . . فَعَلَى الْوَلِيِّ قَبُولُهُ ، وَيَعْتِقُ وَيُنْفِقُ مِنْ كَسْبِهِ ، وَإِلاَّ ؛ فَإِنْ كَانَ الصَّبِيُّ مُعْسِراً . . وَجَبَ الْقَبُولُ ، وَنَفَقَتُهُ فِي بَيْتِ الْمَالِ ، . . . .

قوله : (ولو وهب له أو أوصي له) أي : من يعتق عليه .

وصورة الوصية بالأب : أن يتزوج عبد حرةً موسرةً ويولدها ثم يموت ويرثها الولد فيوصي سيد العبد به لابنه .

وصورة الوصية بالابن : أن يتزوج حر أمةً فيستولدها ، والولد عبد لمالك الأمة ، ثم جن الأب وولي عليه فأوصى سيد الأمة به لأبيه .

قوله : (فإن كان) أي : الموهوب أو الموصى به (كاسباً) أي : ما يفي بمؤنته (. . فعلى الولي قبوله) إذ لا ضرر عليه مع تحصيل الكمال لأصله ، ولا نظر إلى احتمال توقع وجوب النفقة عند العجز ؛ لأنه مشكوك .

والوصي والقيم كالولي .

قوله : (ويعتق) لعموم الأدلة ، سواء كان الصبي موسراً أو معسراً (وينفق) عليه (من كسبه) لاستغنائه عن القريب ، وليس كما لو أعتق المريض قريبه حيث اعتبرناه من الثلث ؛ لأنا لو منعنا الولي من القبول . . فوتنا على الصبي المال .

قوله : (وإلا) أي : وإن لم يكن كاسباً . . نظر (**فإن كان الصبي معسراً** . . وجب القبول) لأن نفقته حينئذ لا تجب على الصبي ؛ لإعساره ، ولا نظر إلى أن الصبي قد يوسر فتجب عليه نفقته ، **وقيل** : فيه وجهان .

قوله : (ونفقته في بيت المال) أي : إن كان مسلماً ، أما الذمي . . فلا حق له فيه ؛ ولهذا يقطع بسرقته ، لكن الإمام ينفق عليه منه عند الحاجة بشرط

أَوْ مُوسِراً . . حَرُمَ .

الضمان ؛ كالمضطر يأكل طعام الغير بشرط الضمان .

قوله : (أو موسراً . . حرم) أي : على المشهور ؛ لإضراره بالطفل .

وفي « الحاوي » : أنه يجب ؛ لما يستفيده الولد من عتق أبيه واستحقاق الولاء عليه[١] .

وتعبيره بالكسب وعدمه تبع فيه « المحرر »[٢] .

وعبارة « الشرح » و« الروضة » : (إن كان القريب بحيث تجب نفقته في الحال)[٣] وهي أولى ؛ لشمولها ما لو أوصي للصبي بجده وعمه الذي هو ابن هذا الجد موجود موسر . . فإنه يلزم الولي القبول ، سواء أكان الجد الموصى به كاسباً أم لا ؛ لكون نفقته في الحالين على العم ، لا على الصبي إن كان الجد غير كاسبٍ ، وكذا إن كان **على الأصح** ، فغير الكاسب في الصورة المذكورة يجب قبوله مطلقاً .

ومفهوم قوله : (فإن كان كاسباً) وصريح قوله : (أو موسراً . . حرم) يخرجه وليس كذلك .

وظاهر إطلاقه : أن هذا فيما إذا وهب له جميعه ، فلو وهب له بعضه ؛ فإن كان الصبي معسراً . . وجب قبوله ، وإن كان موسراً . . فلا يقبله **على الأصح** ؛ لأنه لو قبل . . لعتق عليه وسرى ، وفيه إضرار .

وصحح في « التصحيح » : أنه يقبل ولا يسري ؛ لأن التبعيض المقتضي للسريان الاختيارُ ، وهو منتف .

---

(١) الحاوي الكبير (٢٢/ ٦٤) .

(٢) المحرر (٣/ ١٧٥٠) .

(٣) الشرح الكبير (١٣/ ٣٤٤) ، روضة الطالبين (٨/ ٤٠٤) .

وَلَوْ مَلَكَ فِي مَرَضِ مَوْتِهِ قَرِيبَهُ بِلاَ عِوَضٍ . . عَتَقَ مِنْ ثُلُثِهِ ، وَقِيلَ : مِنْ رَأْسِ الْمَالِ ، أَوْ بِعِوَضٍ بِلاَ مُحَابَاةٍ . . فَمِنْ ثُلُثِهِ ، . . . .

وهذا التفصيل في الوصية والهبة لا يختص بالطفل ، بل السفيه كذلك .

قوله : (ولو ملك في مرض موته قريبه) أي : الذي يعتق عليه (بلا عوض) أي : كالإرث (. . عتق من ثلثه) أي : حتى لو لم يكن له غيره . . لم يعتق إلا ثلثه ؛ لأنه خرج عن ملكه بلا تملك ، فأشبه المتبرع به .

وهذا ما رجحه البغوي وتبعه في « المحرر »(١) .

قوله : (وقيل : من رأس المال) أي : فيعتق جميعه وإن لم يملك غيره ؛ لأنه لم يبذل مالاً والملك زال بغير رضاه ، وهو المصحح في « الشرحين » و« الروضة » هنا ، وفي (الوصية)(٢) .

قال البلقيني : وهو الأصح المعتمد في الفتوى .

وشمل قوله : (بلا عوض) الوصية والهبة ، وبه صرح في « المحرر »(٣) ، ولا فرق في هذه الحالة بين أن يكون عليه دين أو لا .

قوله : (أو بعوض بلا محاباة) أي : كما لو اشتراه بثمن مثله (. . فمن ثلثه) أي : فلا يعتق عليه إلا ما يخرج من الثلث ؛ لأنه فوت على الورثة ما بذل من الثمن ولم يجعل لهم في مقابلته شيئاً .

وأطلق المصنف العوض ، قال الزركشي : ينبغي أن يكون مراده : المعاوضة المحضة ، فأما غيرها ؛ كالصداق والخلع . . فينبغي إلحاقه بما إذا ملك بلا عوض ، فيكون فيه الخلاف السابق .

---

(١) التهذيب (٨/ ٣٩٤) ، المحرر (٣/ ١٧٥١) .

(٢) الشرح الكبير (١٣/ ٣٤٤) ، (٧/ ١٣٢) ، روضة الطالبين (٨/ ٤٠٤) ، (٥/ ١٨٦) .

(٣) المحرر (٣/ ١٧٥١) .

وَلاَ يَرِثُ ، فَإِنْ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ . . فَقِيلَ : لاَ يَصِحُّ الشِّرَاءُ ، وَالأَصَحُّ : صِحَّتُهُ ، وَلاَ يَعْتِقُ ، بَلْ يُبَاعُ لِلدَّيْنِ ، أَوْ بِمُحَابَاةٍ . . فَقَدْرُهَا كَهِبَةٍ ، . . . . .

قوله : (ولا يرث) هو عائد للصورتين : الملك بلا عوض ومعه .

فإذا قلنا : يعتق من الثلث . . فلا يرث من الميت شيئاً ؛ لئلا يجمع بين الوصية والإرث .

وإطلاقه عدم الإرث من تفاريع اعتباره من الثلث ، فإن اعتبرناه من رأس المال ، **وهو الأصح في** الأولى . . ورث **على الأصح** .

قوله : (فإن كان عليه دين . . فقيل : **لا** يصح الشراء) لأنه عقد عتاقة ، فإذا لم يمكن تحصيلها . . وجب إبطال العقد .

قوله : (والأصح : صحته ، ولا يعتق ، بل يباع للدين) لأنه لا خلل في العقد ، والممتنع العتق ؛ لأنه معتبر من الثلث ، والدين يمنع منه ، وصحح البلقيني الأول .

ومحل عدم العتق تفريعاً على تصحيح الشراء : ما إذا كان الدين مستغرقاً ولم يبرىء الغرماء الميت من الدين ، فإن لم يكن مستغرقاً . . عتق منه ما بقي بعد وفاء الدين إن خرج من الثلث أو إجازة الوارث ، وإن أبرأ الغرماء . . عتق من الثلث ، ويحتاج في الزائد إلى إجازة الوارث ، وإن لم يبرؤوا ، ولكن قالوا : نجيز ما فعل . . فيحتمل أن يقال : الإجازة إنما تكون للوارث ؛ لأنه خليفته ، ويحتمل أن تصح وتكون تنفيذاً ، **والأول أرجح** ، قاله في « التحرير »[1] .

قوله : (أو بمحاباة) أي : اشتراه بخمسين وهو يساوي مئة (فقدرها كهبة)

---

(١) تحرير الفتاوي (٣/ ٨٠٣) .

وَالْبَاقِي مِنَ الثُّلُثِ . وَلَوْ وُهِبَ لِعَبْدٍ بَعْضُ قَرِيبِ سَيِّدِهِ فَقَبِلَ وَقُلْنَا : يَسْتَقِلُّ بِهِ . . عَتَقَ وَسَرَى ، وَعَلَى سَيِّدِهِ قِيمَةُ بَاقِيهِ .

أي : فيكون قدر المحاباة كالموهوب له ، فيجيء الخلاف فيما لو ملكه بلا عوضٍ هل يحسب من الثلث أو رأس المال ؟ **فعلى الأول** : كله من الثلث ، **وعلى الثاني** : يعتق نصفه .

فلو كانت المحاباة من المريض ؛ بأن اشترى بمئة وهو يساوي خمسين . . فقدرها ينزع منه .

فإن كان يستوعب الثلث . . لم يعتق منه شيء ، وإلا . . **فقيل** : يفسخ البيع ويسترجع الورثة جميع ثمنه ، **وقيل** : تقدم المحاباة .

(**والباقي من الثلث**) على العتق ؛ لأنها أصل العتق وهي مستوعبة الثلث ، حكاه الماوردي[١] .

قوله : (**ولو وهب لعبد بعض قريب سيده فقبل وقلنا : يستقل به**) أي : بالقبول ويحتاج إلى إذن السيد وهو **الأصح** (. . **عتق وسرى ، وعلى سيده قيمة باقيه**) لأن قبول العبد كقبوله شرعاً ، كذا جزم به الرافعي هنا[٢] ، واستشكل المصنف السراية بأنه يملكه قهراً ؛ كالإرث[٣] ، وهذا الذي بحثه قد رجح الرافعي في (باب الكتابة) في تبرعات المكاتب[٤] .

قال البلقيني : وعدم السراية **هو المعتمد** .

وفي « المهمات » : **الصواب** : السراية[٥] .

---

(١) الحاوي الكبير (٢٢/ ٦٢) .
(٢) الشرح الكبير (١٣/ ٣٤٧) .
(٣) روضة الطالبين (٨/ ٤٠٥) .
(٤) الشرح الكبير (١٣/ ٥٥٣) .
(٥) المهمات (٩/ ٤٥٠) .

فصل

أَعْتَقَ فِي مَرَضِ مَوْتِهِ عَبْداً لاَ يَمْلِكُ غَيْرَهُ . . عَتَقَ ثُلُثُهُ ، فَإِنْ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ مُسْتَغْرِقٌ . . لَمْ يَعْتِقْ مِنْهُ شَيْءٌ ، . . . .

ومحل جواز قبول العبد : ما إذا لم يتعلق وجوب النفقة بالسيد في الحال ، فإن تعلق به . . لم يصح قبوله قطعاً .

(فصل)

[في الإعتاق في الموت ، وبيان القرعة في العتق]

(أعتق في مرض موته عبداً لا يملك غيره . . عتق ثلثه) أي : ورق ثلثاه ؛ لأن المريض إنما ينفذ تصرفه في الثلث .

فإن مات هذا العبد بعد موت السيد . . مات وثلثه حر .

وإن مات قبله . . **فقيل** : يموت رقيقاً كله ؛ لأن ما يعتق ينبغي أن يحصّل للورثة مثلاه ، ولا يحصّل لهم هنا شيئاً[(١)] .

وقيل : يموت حرّاً كله ؛ لأن ما يهلك في حياة السيد لا حق فيه للورثة .

نقل الرافعي والنووي في (الوصايا) تصحيحه عن الأستاذ أبي منصور[(٢)] .

وقيل : يموت وثلثه حر وثلثاه رقيق ، وإطلاق الكتاب يقتضي : ترجيحه .

وقال في « البحر »[(٣)] : **إنه ظاهر المذهب** .

قوله : (فإن كان عليه دين مستغرق . . لم يعتق منه شيء) أي : لا ينفذ ،

---

(١) وفي (أ) : (ولا يحصل لهم شيء) .

(٢) الشرح الكبير (٧/ ٢٣٩) ، روضة الطالبين (٥/ ٢٥٧) .

(٣) وفي (أ) : (التحرير) .

وَلَوْ أَعْتَقَ ثَلاَثَةً لاَ يَمْلِكُ غَيْرَهُمْ قِيمَتُهُمْ سَوَاءٌ . . عَتَقَ أَحَدُهُمْ بِقُرْعَةٍ ، . . . .

لكن نحكم بانعقاده في الأصل حتى لو تبرع عنه بقضاء الدين أو أَبْرأ المستحق . . نفذ ، صرح به الرافعي في (الوصية) فيما لو أوصى بشيء وعليه دين مستغرق[١] .

واحترز بالمستغرق : عما إذا كان الدين لا يستغرقه . . فالباقي بعد الدين كأنه كل المال فينفذ العتق .

قوله : (ولو أعتق ثلاثة لا يملك غيرهم قيمتهم سواء . . عتق أحدهم بقرعة) أي : إذا أعتقهم في مرض موته ؛ لما روى مسلم : أن رجلاً أعتق ستة أعبد مملوكين له عند موته لم يكن له مال غيرهم ، فدعاهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فجزأهم أثلاثاً ، ثم أقرع بينهم ، فأعتق اثنين وأرق أربعة[٢] .

ورواه أبو داود وزاد : أن الرجل من الأنصار[٣] .

أما إذا أعتقهم في الصحة . . فيعتقون جميعاً ولا قرعة .

وشمل إطلاقه : ما لو مات أحدهم قبل موت السيد ، أو بعده وقبل قبض الوارث التركة . . **فالمذهب** : أن الميت يدخل في القرعة .

فإن خرج له سهم العتق . . بان أنه مات حراً موروثاً ورق الآخران .

وإن خرج له سهم الرق . . لم يحسب على الورثة ؛ لأنهم يريدون المال ويحسب عن المعتق ؛ لأنه يبغي الثواب ، وتعاد القرعة بين العبدين ، فمن خرج له سهم العتق . . عتق ثلثاه .

نعم ؛ يَرِدُ عليه : ما لو مات بعد قبض الوارث التركة . . **فالأصح** : أنه

(١) الشرح الكبير (٧/ ٤١) .

(٢) صحيح مسلم (١٦٦٨) عن عمران بن حصين رضي الله عنهما .

(٣) سنن أبي داود (٣٩٦٠) .

وَكَذَا لَوْ قَالَ : أَعْتَقْتُ ثُلُثَكُمْ ، أَوْ : ثُلُثُكُمْ حُرٌّ . وَلَوْ قَالَ : أَعْتَقْتُ ثُلُثَ كُلِّ عَبْدٍ . . أُقْرِعَ ، وَقِيلَ : يَعْتِقُ مِنْ كُلٍّ ثُلُثُهُ .

يحسب على الوارث حتى لو خرجت القرعة لأحد الحَيَّيْن . . يعتق كله ؛ لأن الميت دخل في يده وضمانه .

واحترز **بقوله : (لا يملك غيرهم)** : عما إذا ملك غيرهم وأمكن خروجهم من ثلثه . . فإنهم يعتقون .

ولا بد من شرط آخر ، وهو : ألاّ يجيز الوارث ، فإن أجاز . . عتقوا جميعاً .

ومراده : أن يكون إعتاقهم دفعة واحدة ؛ كقوله : هؤلاء أحرار ، أو يعلق على صفة ، أو يوكل .

فلو أعتقهم مرتباً . . قدم الأول فالأول إلى تمام الثلث ، والقرعة لا تحصّل العتق وإنما تميّز العتيق ، والعتق حاصل من وقت إعتاق المريض .

وقوله : (بقرعة) يفهم خلافه ، لكنه يفيد تعينها .

فلو اتفقوا على أنه إن طار غراب ففلان حر ، أو من وضع صبي يده عليه فهو حر . . لم يجز .

قوله : (وكذا لو قال : أعتقت ثلثكم ، أو : ثلثكم حر) أي : فإن ظاهره إعتاق واحد ، فإن عتق المالك لا يتجزأ ، وإعتاقه بعض مملوكه كإعتاقه جميعه ، فكأنه قال : أعتقت هؤلاء ، ولو قال ذلك . . لأقرعنا بينهم ، فكذا هنا ، **وقيل** : فيه الوجهان في الصورة الآتية .

قوله : (ولو قال : أعتقت ثلث كل عبد . . أقرع) أي : ويعتق واحد بالقرعة ، فإن عتق المالك لا يتجزأ **(وقيل : يعتق من كل ثلثه)** أي :

وَالْقُرْعَةُ : أَنْ تُؤْخَذَ ثَلاَثُ رِقَاعٍ مُتَسَاوِيَةٍ ، يُكْتَبُ فِي ثِنْتَيْنِ : رِقٌّ ، وَفِي وَاحِدَةٍ : عِتْقٌ ، وَتُدْرَجُ فِي بَنَادِقَ ؛ كَمَا سَبَقَ ، . . . .

لتصريحه بالتبعيض ، **وهذا هو القياس** ، لكن تشوف الشرع إلى تكملة العتق يوجب اتباع الخير .

ولو أضاف إلى الموت فقال : ثلث كل واحدٍ حر بعد موتي . . عتق من كل واحدٍ ثلثه ، أو : أثلاث هؤلاء أحرار بعد موتي . . عتق من كل واحدٍ ثلثه ، ولا قرعة **على الصحيح** .

قوله : (والقرعة : أن تؤخذ ثلاث رقاع متساوية) أي : إذا كانت العبيد ثلاثة (يكتب في ثنتين رق وفي واحدة عتق) لأن الرق ضعف الحرية ، فتكون الرقاع على نسبة المطلوب في الكثرة والقلة .

ومقتضى كلامهم : وجوب ذلك .

وقيل : هو احتياط ، ويكتفى بورقة للرق وأخرى للحرية ، فيقال : أخرج أحدهما على هذا ، فإن خرجت الحرية . . انفصل الأمر ، وإن خرج الرق . . أدرجت الرقعة في البندقة مرة أخرى .

قال الإمام : **والأوجه** : أنه احتياط[١] .

قوله : (وتدرج في بنادق كما سبق) أي : في (القسمة) .

وذكر الماوردي هنا : أن الشافعي اختار كون البنادق من طين ، وأن تكون متساوية الوزن والصفة[٢] .

---

(١) نهاية المطلب (١٩/ ٢٣١) .

(٢) الحاوي الكبير (٢٢/ ٣٤) .

وَتُخْرَجُ وَاحِدَةٌ بِاسْمِ أَحَدِهِمْ ؛ فَإِنْ خَرَجَ الْعِتْقُ.. عَتَقَ وَرَقَّ الآخَرَانِ ، أَوِ الرِّقُّ.. رَقَّ ، وَأُخْرِجَتْ أُخْرَى بِاسْمِ آخَرَ ، وَيَجُوزُ أَنْ تُكْتَبَ أَسْمَاؤُهُمْ ثُمَّ تُخْرَجَ رُقْعَةٌ عَلَى الْحُرِّيَّةِ ، فَمَنْ خَرَجَ اسْمُهُ.. عَتَقَ وَرَقَّا ، وَإِنْ كَانُوا ثَلاَثَةً قِيمَةُ وَاحِدٍ مِئَةٌ ، وَآخَرَ مِئَتَانِ وَآخَرَ ثَلاثُ مِئَةٍ.. أُقْرِعَ بِسَهْمَيْ رِقٍّ وَسَهْمِ عِتْقٍ ؛ فَإِنْ خَرَجَ الْعِتْقُ لِذِي الْمِئَتَيْنِ.. عَتَقَ وَرَقَّا ، أَوْ لِلثَّالِثِ.. عَتَقَ ثُلُثَاهُ ، أَوْ لِلأَوَّلِ.. عَتَقَ ، وَيُقْرَعُ بَيْنَ ....

قوله : (وتخرج واحدة[1] باسم أحدهم ؛ فإن خرج العتق.. عتق ورق الآخران ، أو الرق.. رق ، وأخرجت أخرى باسم آخر) أي : فإن خرج العتق.. عتق ورق الآخران ، وإن خرج الرق.. رق وعتق الآخر ؛ لأن فائدة القرعة ذلك .

قوله : (ويجوز أن تكتب أسماؤهم) أي : له طريقان ؛ **الأولى** : أن يكتب في الرقاع : الرق والحرية ، وتخرج على الأسماء .

والثانية عكسه : أن يكتب في كل رقعة اسم واحد .

(**ثم تخرج رقعة على الحرية ، فمن خرج اسمه.. عتق ورقا**) أي : لانفصال الأمر بذلك .

قوله : (**وإن كانوا ثلاثة قيمة واحد مئة ، وآخر مئتان ، وآخر ثلاث مئة**) أي : جميع ما تقدم إذا استوت قيمتهم ، فإن تفاوتت (.. **أقرع بسهمي رق وسهم عتق ؛ فإن خرج العتق لذي المئتين.. عتق ورقا**) لأن به يتم الثلث (**أو للثالث.. عتق ثلثاه**) أي : لأنه الثلث (**أو للأول.. عتق ، ويقرع**[2] **بين**

---

(١) قوله : (واحدة) في النسختين مرتين .

(٢) وفي « المنهاج » المطبوع : (ثم يقرع) .

الآخِرَيْنِ بِسَهْمِ رِقٍّ وَسَهْمِ عِتْقٍ ، فَمَنْ خَرَجَ . . تُمِّمَ مِنْهُ الثُّلُثُ .

وَلَوْ كَانُوا فَوْقَ ثَلاَثَةٍ وَأَمْكَنَ تَوْزِيعُهُمْ بِالْعَدَدِ وَالْقِيمَةِ ؛ كَسِتَّةٍ قِيمَتُهُمْ سَوَاءٌ . . جُعِلُوا اثْنَيْنِ اثْنَيْنِ ، أَوْ بِالْقِيمَةِ دُونَ الْعَدَدِ ؛ كَسِتَّةٍ قِيمَةُ أَحَدِهِمْ مِئَةٌ ، وَقِيمَةُ اثْنَيْنِ مِئَةٌ ، وَقِيمَةُ ثَلاَثَةٍ مِئَةٌ . . جُعِلَ الأَوَّلُ جُزْءًا ، وَالاثْنَانِ جُزْءًا ، وَالثَّلاَثَةُ جُزْءًا .

الآخرين بسهم رق وسهم عتق ، فمن خرج . . تمم منه الثلث) أي : فإن خرج للثاني . . عتق نصفه ، أو الثالث . . فثلثه .

وظاهر عبارته توهم : تجويز الطريق الأخرى .

قوله : (ولو[1] كانوا فوق ثلاثة وأمكن توزيعهم بالعدد والقيمة ؛ كستة قيمتهم سواء . . جعلوا اثنين اثنين) أي : وصنع كما سبق في الثلاثة المتساوية القيمة ، وعليه حمل فعل النبي صلى الله عليه وسلم على ما جاء في رواية : **أنهم كانوا متساوي القيمة**[2] .

قوله : (أو بالقيمة دون العدد ؛ كستة قيمة أحدهم مئة ، وقيمة اثنين مئة ، وقيمة ثلاثة مئة . . جعل الأول جزءاً ، والاثنان جزءاً ، والثلاثة جزءاً) أي : كما سبق[3] .

وهكذا وقع المثال في « المحرر »[4] فتابعه المصنف ، وهو غير مطابق ،

---

(١) وفي « المنهاج » وسائر الشروح المطبوعة : (وإن) .

(٢) قال في « التلخيص الحبير » (٤/ ٥٠٩) ، و« البدر المنير » (٧/ ٤٨٩) : (لم أره) وزاد ابن الملقن : (. . . في طريق من طرق هذا الحديث مع انتشارها ، ولكنه الظاهر ـ وفي الأصل : الظهر ـ بل عندي أنه لا يحتاج إلى التنصيص على ذلك في الحديث) .

(٣) أي : أقرع كما سبق آنفاً .

(٤) المحرر (٣/ ١٧٥٥) .

وَإِنْ تَعَذَّرَ بِالْقِيمَةِ كَأَرْبَعَةٍ قِيمَتُهُمْ سَوَاءٌ. . فَفِي قَوْلٍ : يُجزَّؤُونَ ثَلاَثَةَ أَجْزَاءٍ : وَاحِدٌ وَوَاحِدٌ وَاثْنَانِ ؛ فَإِنْ خَرَجَ الْعِتْقُ لِوَاحِدٍ . . عَتَقَ ثُمَّ أُقْرِعَ لِتَتْمِيمِ الثُّلُثِ ، . . . .

فإن الستة لها ثلث صحيح ، وإنما مثاله : خمسة قيمة أحدهم مئة ، وقيمة اثنين مئة وقيمة اثنين مئة .

وحينئذ فصواب العبارة لمثال الكتاب : (وأمكن[1] توزيعه بالعدد دون القيمة) كما هو في « الروضة » و« الشرحين »[2] .

وفيها وجهان ؛ **أصحهما وهو المنصوص** : يجزؤون كما ذكر .

وقيل : يجزؤون بالعدد فيجعل اللذان قيمتهما مئة جزءاً ، والذي قيمته مئة مع واحدٍ من الثلاثة الباقين جزءاً ، والباقيان جزءاً فيعتق قدر الثلث على ما سبق .

قوله : (**وإن تعذر بالقيمة**) أي : وبالعدد ؛ بأن لم يكن لهم ولا لقيمتهم ثلث صحيح (**كأربعة قيمتهم سواء . . ففي قول : يجزؤون ثلاثة أجزاء : واحد وواحد واثنان**)[3] أي : لأنه أقرب إلى فعله صلى الله عليه وسلم[4] .

(**فإن خرج العتق لواحد . . عتق**) أي : كله (**ثم أقرع**) أي : بين الواحد والاثنين الباقيين (**لتتميم الثلث**) أي : فمن خرج له سهم الحرية . . عتق ثلثه ، كذا قاله الرافعي[5] ، وهو ظاهر إذا خرج للواحد ، فإن خرج للاثنين . . فماذا

---

(١) وفي (ب) : (وإن أمكن) .

(٢) روضة الطالبين (٨/ ٤١٥) ، الشرح الكبير (١٣/ ٣٦١) .

(٣) وفي (أ) : (واحداً وواحداً واثنان) .

(٤) أي : في حديث أخرجه مسلم (١٦٦٨) ، وقد مرّ أوّل الباب .

(٥) الشرح الكبير (١٣/ ٣٦٢) .

أَوْ لِلاثْنَيْنِ . . رَقَّ الآخَرَانِ ، ثُمَّ أُقْرِعَ بَيْنَهُمَا ، فَيَعْتِقُ مَنْ خَرَجَ لَهُ الْعِتْقُ وَثُلُثُ الآخَرِ ، وَفِي قَوْلٍ : يُكْتَبُ اسْمُ كُلِّ عَبْدٍ فِي رُقْعَةٍ ، فَيَعْتِقُ مَنْ خَرَجَ أَوَّلاً وَثُلُثُ الثَّانِي . . . .

يفعل ؛ هل يعتق من كل منهما سدسه ، أو يقرع بينهما ثانياً ، فمن خرجت له . . عتق ؟ قال الزركشي : فيه نظر ، ومقتضى كلامهم : الأول ، فإنهم جعلوا الاثنين بمثابة الواحد .

وقال البلقيني : المقصود من قوله : (ثم أقرع لتتميم الثلث) أن القرعة تعاد بين الثلاثة ، وأنهم يجزؤون أثلاثاً فمن خرج له سهم الحرية . . عتق ثلثه ، وقد صرح به البغوي في « التهذيب » ، ولا بد منه[1] .

قوله : (أو للاثنين) أي : المجموعين جزءاً (. . رق الآخران ثم أقرع بينهما) أي : بين اللذين خرج لهما رقعة العتق (فيعتق من خرج له العتق وثلث الآخر) لأن بذلك يتم الثلث .

قوله : (وفي قول : يكتب اسم كل عبد في رقعة ، فيعتق من خرج أولاً وثلث الثاني) لأن ذلك أقرب إلى الفصل ، فيكتب أسماؤهم في أربع رقاع ، وتخرج واحدة بعد واحدة إلى أن يتم الثلث ، فمن خرجت له أولاً رقعة الحرية . . عتق وتعاد القرعة بين الباقي ، فمن خرجت له ثانياً . . عتق ثلثه .

قيل : وتعبير المصنف يوهم : أنه يعتق ثلث الثاني من غير إعادة القرعة ، وهو في « المحرر » على الصواب[2] . انتهى

وتعبيره بـ(**الثاني**) يدفع هذا الإيهام ؛ أي : الذي خرجت قرعته ثانياً ؛ إذ ليس هناك ثان إلا بالقرعة ، قاله الزركشي .

---

(١) التهذيب (٨/ ٣٧٧) .
(٢) المحرر (٣/ ١٧٥٥) .

قُلْتُ : أَظْهَرُهُمَا : الأَوَّلُ ، وَاللهُ أَعْلَمُ . وَالْقَوْلَانِ فِي الاسْتِحْبَابِ ، وَقِيلَ : الإِيجَابِ .

وَإِذَا عَتَقَ بَعْضُهُمْ بِقُرْعَةٍ فَظَهَرَ مَالٌ وَخَرَجَ كُلُّهُمْ مِنَ الثُّلُثِ . . عَتَقُوا ، وَلَهُمْ كَسْبُهُمْ مِنْ يَوْمِ الإِعْتَاقِ ، . . . .

(**قلت : أظهرهما : الأول ، والله أعلم**) نص الشافعي على ترجيحه في « الأم » بقوله : وهذا القول أصح وأشبهُ بمعنى السنة ؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم جزأهم ثلاثة أجزاء ، ولا يجوز أن يجزئهم أربعة أجزاء[(١)] .

قال الزركشي ؛ يعني : فيما إذا كانوا ثمانية ؛ لبعد هذه التجزئة .

ثم قال[(٢)] : وعندي إنما يقرع بين الرقيق ولو كثروا إلا على ثلاثة اختلفت قيمتهم أو لم تختلف[(٣)] .

قوله : (**والقولان في الاستحباب**) رجحه وفاقاً للقاضي والإمام[(٤)] (**وقيل : الإيجاب**) لأنه أقرب إلى فعل النبي صلى الله عليه وسلم ، ونقله في « الشرح » و« الروضة » عن مقتضى كلام الأكثرين ، **وهو ظاهر النص**[(٥)] .

قوله : (**وإذا عتق**[(٦)] **بعضهم بقرعة فظهر مال**) أي : آخر للميت (**وخرج كلهم من الثلث . . عتقوا**) أي : تبين عتقهم من حين الإعتاق .

ولهذا قال : (**ولهم كسبهم من يوم الإعتاق**) أي : وكذا ما في معناه ؛ من

---

(١) الأم (٩/ ٢٨٧) .

(٢) أي : الشافعي رضي الله عنه .

(٣) كذا في (أ) و(ب) ، وعبارة « الأم » (٩/ ٢٨٧) : (ولا يجوز عندي أبداً أن يقرع بين الرقيق قلُّوا أو كثُروا إلاّ على ثلاثة أسهم) .

(٤) نهاية المطلب (١٩/ ٢٣٣) .

(٥) الشرح الكبير (١٣/ ٣٦٢-٣٦٣) ، روضة الطالبين (٨/ ٤١٦) ، الأم (٩/ ٢٨٧) .

(٦) وفي « المنهاج » المطبوع : (وإذا أعتقنا) .

وَلاَ يَرْجِعُ الْوَارِثُ بِمَا أَنْفَقَ عَلَيْهِمْ ، وَإِنْ خَرَجَ بِمَا ظَهَرَ عَبْدٌ آخَرُ . . أُقْرِعَ .

وَمَنْ عَتَقَ بِقُرْعَةٍ . . حُكِمَ بِعِتْقِهِ مِنْ يَوْمِ الإِعْتَاقِ ، وَتُعْتَبَرُ قِيمَتُهُ حِينَئِذٍ ، وَلَهُ كَسْبُهُ مِنْ يَوْمِئِذٍ غَيْرَ مَحْسُوبٍ مِنَ الثُّلُثِ .

أرش جناية وولد ، حتى لو نكح أمة لا تباح في الحرية . . بطل نكاحها .

قوله : (**ولا يرجع الوارث بما أنفق عليهم**) أي : كما لو أنفق على من ظنها زوجته ثم بان فساد النكاح . . فإنه لا يرجع .

قال القاضي حسين : وهذا ظاهر فيما إذا كان عالماً بفساد النكاح ، فإن كان جاهلاً . . فيحتمل أن يقال : يرجع ، وهكذا في مسألة العبيد .

قال البلقيني : ونحن نقطع في مسألة العبيد بأنه يرجع عليهم مع الجهل بالمال إن لم يستخدمهم ، ويأخذون كسبهم ، وإن استخدمهم مع الجهل . . رجعوا عليه بأجرة المثل ورجع بما أنفق ، أما إذا علم بالمال وكتمه . . فهو متبرع لا يرجع .

قوله : (**وإن خرج**) أي : من الثلث (**بما ظهر عبد آخر . . أقرع**) أي : بينه وبين من بقي من العبيد ، فمن خرج اسمه منهم . . عتق .

وقوله : (**عبد آخر**) مثال ، وإلا . . فلو ظهر من المال بعض عبد . . فالحكم كذلك .

قوله : (**ومن عتق بقرعة . . حكم بعتقه من يوم الإعتاق**) أي : لا من يوم القرعة ؛ لأنها مبينة للعتق ، لا مثبتة له ، وهذا كما في الطلاق المبهم إذا عينه في واحدة . . أنه يقع من حين اللفظ ، لا من حين البيان والتعيين **على الأصح** .

قوله : (**وتعتبر قيمته حينئذ**) أي : حين الإعتاق ، لا القرعة ؛ لأنه تبين بالقرعة أنه كان حراً قبله .

قوله : (**وله كسبه من يومئذ غير محسوب من الثلث**) أي : سواء في حياة

وَمَنْ بَقِيَ رَقِيقاً . . قُوِّمَ يَوْمَ الْمَوْتِ ، وَيُحْسَبُ مِنَ الثُّلُثَيْنِ هُوَ وَكَسْبُهُ الْبَاقِي قَبْلَ الْمَوْتِ ، لاَ الْحَادِثُ بَعْدَهُ ، فَلَوْ أَعْتَقَ ثَلاَثَةَ أَعْبُدٍ لاَ يَمْلِكُ غَيْرَهُمْ قِيمَةُ كُلٍّ مِئَةٌ ، فَكَسَبَ أَحَدُهُمْ مِئَةً . . أُقْرِعَ ، فَإِنْ خَرَجَ الْعِتْقُ لِلْكَاسِبِ . . عَتَقَ وَلَهُ الْمِئَةُ ، وَإِنْ خَرَجَ لِغَيْرِهِ . . عَتَقَ ثُمَّ أُقْرِعَ ، فَإِنْ خَرَجَتْ لِغَيْرِهِ . . عَتَقَ ثُلُثُهُ ، . . . .

المعتق أو بعد موته ؛ لأنه حدث على ملكه بعد الحكم بحريته .

قوله : (ومن بقي رقيقاً . . قوم يوم الموت) أي : لا من يوم القرعة ؛ لأنه وقت استحقاق الوارث .

قوله : (ويحسب[1] من الثلثين هو وكسبه الباقي قبل الموت) أي : على الوارث ؛ لأنه إنما ملكه بعد ذلك .

قوله : (لا الحادث بعده) لأنه حدث على ملك الوارث ، حتى لو كان على سيده دين . . بيع في الدين ، والكسب للوارث لا يقضى الدين منه ، خلافاً للإصطخري .

قوله : (فلو أعتق ثلاثة أعبد لا يملك غيرهم قيمة كل مئة ، فكسب أحدهم مئة . . أقرع ، فإن خرج العتق للكاسب . . عتق وله المئة) لما مر أن من أعتق . . فله كسبه من يوم الإعتاق غير محسوب من الثلث .

(وإن خرج لغيره) أي : غير الكاسب (. . عتق ثم أقرع) أي : بين الكاسب والآخر ؛ لتتميم الثلث (فإن خرجت لغيره) يعني : لغير الكاسب (. . عتق ثلثه) أي : وبقي ثلثاه مع الكاسب ، وكسبه للورثة ، وذلك مثلا قيمة الأول وما عتق من الثاني .

---

(١) وفي « المنهاج » المطبوع : (وحسب) .

وَإِنْ خَرَجَتْ لَهُ . . عَتَقَ رُبُعُهُ ، وَتَبِعَهُ رُبُعُ كَسْبِهِ .

فصل

مَنْ عَتَقَ عَلَيْهِ رَقِيقٌ بِإِعْتَاقٍ أَوْ كِتَابَةٍ ، وَتَدْبِيرٍ ، وَاسْتِيلَادٍ ، وَقَرَابَةٍ ، وَسِرَايَةٍ . . فَوَلَاؤُهُ لَهُ ، . . . .

(وإن خرجت له) أي : للكاسب (. . عتق ربعه ، وتبعه ربع كسبه) لأنه يبقى للورثة ثلاثة أرباعه ، وثلاثة أرباع كسبه مع العبد الآخر ، وجملتهما ضعف ما عتق .

(فصل)

[في الولاء]

عقده للولاء ، وهو بفتح الواو والمد : مشتق من (الولاية) بفتح الواو ، وهو : القرب ؛ لأنه موال لمعتقه كأحد قرابته .

وشرعاً : عصوبة متراخية عن عصوبة النسب يرث بها المعتق ، ويلي أمر النكاح ، والصلاة على الميت ، ويعقل عنه .

والأصل فيه : قوله تعالى : ﴿فإن لم تعلموا آباءهم فإخوانكم في الدين ومواليكم﴾ [الأحزاب : ٥] .

وقوله صلى الله عليه وسلم : « **إِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ** » . متفق عليه[١] .

قوله : (من عتق عليه رقيق بإعتاق) أي : منجزٍ أو نصفه ؛ إما استقلالاً أو ضمناً ؛ كأعتق عبدك عني ، فأجابه .

(أو كتابة وتدبير واستيلاد وقرابة وسراية . . فولاؤه له) للحديث .

وأورِد على المصنف بيع العبد من نفسه ، فإن الولاء للسيد **على الصحيح** ،

---

(١) صحيح البخاري (٦٧٥١) ، صحيح مسلم (١٥٠٤) عن عائشة رضي الله عنها .

ثُمَّ لِعَصَبَتِهِ .

ولا يَرِد فإنه عقد عتاقة ولا يكون ولاؤه له ، بل يوقف على النص ؛ لأن الملك بزعمه لم يثبت له عليه ، وإنما عتق ؛ مؤاخذةً لقوله .

وجزم المتولي في كتاب (الصلح) بأنه بيع ، وأن الولاء للمشتري .

واقتضى كلام المصنف : أنه لا فرق بين أن يتفقا في الدين أو يختلفا .

فلو أعتق مسلم كافراً أو عكسه . . ثبت الولاء وإن لم يتوارثا .

وادعى الماوردي الإجماع على أن المسلم إذا أعتق كافراً . . ثبت له الولاء ، وحكى الخلاف في ثبوته للكافر على المسلم ، **والمشهور** : الأول[(١)] .

وفائدة ثبوت الولاء : الإرث إذا أسلم .

وهذا ما لم يطرأ استرقاق .

فلو أعتق الكافر كافراً فلحق العتيق بدار الحرب واسترق وأعتقه السيد الثاني . . ففي ميراثه أوجه ؛ **أحدهما** : للسيد الأول ؛ لأن ولاءه استقر له ، **والثاني** : للثاني ؛ لأن عتقه إياه أقرب إلى الموت ، وهو الراجح ، والثالث : بينهما .

قوله : (ثم لعصبته) أي : الأقرب فالأقرب على ما سبق في (الفرائض)[(٢)] ؛ لقوله صلّى الله عليه وسلم : « **الوَلَاءُ لُحْمَةٌ كَلُحْمَةِ النَّسَبِ** »[(٣)] .

ولأن النسب إلى العصبات دون غيرهم ، ولو انتقل إلى غيرهم . . لكان موروثاً وهو لا يورث .

---

(١) راجع « الحاوي الكبير » (٢٢/ ٧١) .

(٢) أي : في (فصل في الإرث بالولاء) من (كتاب الفرائض) .

(٣) أخرجه ابن حبان (٤٩٥٠) ، والحاكم (٤/ ٣٤١) عن ابن عمر رضي الله عنهما .

وَلاَ تَرِثُ امْرَأَةٌ بِوَلاَءٍ إِلاَّ مِنْ عَتِيقِهَا وَأَوْلاَدِهِ وَعُتَقَائِهِ ، فَإِنْ عَتَقَ عَلَيْهَا أَبُوهَا ، ثُمَّ أَعْتَقَ عَبْداً فَمَاتَ بَعْدَ مَوْتِ الأَبِ بِلاَ وَارِثٍ . . فَمَالُهُ لِلْبِنْتِ ، وَالْوَلاَءُ لأَعْلَى الْعَصَبَاتِ ، وَمَنْ مَسَّهُ رِقٌّ . . فَلاَ وَلاَءَ عَلَيْهِ إِلاَّ لِمُعْتِقِهِ وَعَصَبَتِهِ . . . .

ومراده : العصبة بنفسه لا بغيره ، وإنما ينتقل إليهم الإرث به لا إرثه ، فإن الولاء لا ينتقل ؛ كما أن نسب الإنسان لا ينتقل بموته .

وقوله : (ثم) صريح في أن الولاء لا يثبت في حياة المعتق لعصبته ، بل إنما يثبت بعده ، **وهو المشهور** ، وقال ابن المنذر : يثبت في حياته .

قوله : (ولا ترث امرأة بولاء) أي : يثبت لغيرها ، فإن كان للمعتق ابن وبنت ، أو أم وأب أو أخ وأخت . . ورث الذكور دون الأنثى ؛ للحديث السابق ، فإن النسب للعصبات والنساء ليسوا بعصبات .

قوله : (إلا من عتيقها وأولاده وعتقائه) لأن نعمة إعتاقها شملتهم ؛ كما شملت العتيق فتبعوه في الولاء .

قوله : (فإن عتق عليها أبوها ثم أعتق عبداً فمات بعد موت الأب بلا وارث . . فماله للبنت) لا لأنها بنت معتقه ، بل لأنها معتقة المعتق ، وهذا إذا لم يكن للأب عصبة ، فإن كان . . فميراث العتيق له ، ولا شيء لها ؛ لأن معتق المعتق يتأخر عن عصبة النسب .

قوله : (والولاء لأعلى العصبات) أي : في الدرجة والقرب فإذا أعتق عبداً ومات عن اثنين . . فولاء العتيق لهما ، فإذا مات أحدهما عن ابن . . يكون الولاء لأخيه وإن كان ميراثه لابنه ؛ لأنه لو قدر موت المعتق في ذلك الوقت وورثه ابن ابن . . فلا يرث عتيقه .

قوله : (ومن مسه رق) أي: فعتق (. . فلا ولاء عليه إلاّ لمعتقه وعصبته)

وَلَوْ نَكَحَ عَبْدٌ مُعْتَقَةً فَأَتَتْ بِوَلَدٍ . . فَوَلاَؤُهُ لِمَوْلَى الأُمِّ ، فَإِنْ أُعْتِقَ الأَبُ . . انْجَرَّ إِلَى مَوَالِيهِ .

أي : لا ولاء عليه لمعتق الأصول ، فإن نعمة من أعتقه عليه أعظم من نعمة من أعتق بعض أصوله ، ولأن ولاء المباشرة أقوى .

وهذا يستثنى من استرسال الولاء على أولاد العتيق وأحفاده .

واستثنى الرافعي صورة أخرى : من أبوه حر أصلي لا يثبت الولاء عليه لموالي الأم **على الأصح** ؛ لأن الانتساب للأب[١] .

أما عكسه ؛ كمعتق تزوج بحرة أصلية . . **فالأصح** : ثبوت الولاء على الولد لموالي الأب .

قوله : (**ولو نكح عبد معتقة فأتت بولد . . فولاؤه لمولى الأم**) لأنه المنعم عليه ، فإنه عتق بإعتاق أمه (**فإن أعتق الأب . . انجر**) أي : الولاء (**إلى مواليه**) أي : موالي الأب ؛ لأن الولاء فرع النسب ، والنسب إلى الآباء دون الأمهات ، وإنما يثبت لموالي الأم ؛ لعدمه من جهة الأب ، فإذا أمكن . . عاد على موضعه .

روي ذلك عن عمر وعثمان وعلي رضي الله عنهم[٢] ، ولا مخالف لهم .

ولهذا حكى الإمام الاتفاق ، قال : ولم يصر أحد إلى كون الولاء مشتركاً بين موالي الأب وموالي الأم[٣] .

وقال القاضي أبو الطيب : قولنا : (ينجر) مجاز ، فإن الولاء لم ينجر ،

---

(١) الشرح الكبير (١٣/ ٣٨٧) .

(٢) أخرجه عنهم رضي الله عنهم البيهقي في « السنن الكبير » (٢١٥٤١ ، ٢١٥٤٣ ، ٢١٥٤٨) .

(٣) نهاية المطلب (١٩/ ٢٨٥) .

وَلَوْ مَاتَ الأَبُ رَقِيقاً وَعَتَقَ الْجَدُّ . . انْجَرَّ إِلَى مَوَالِيهِ ، فَلَوْ أُعْتِقَ الْجَدُّ وَالأَبُ رَقِيقٌ . . انْجَرَّ ، فَإِنْ أُعْتِقَ الأَبُ بَعْدَهُ . . انْجَرَّ إِلَى مَوَالِيهِ ، وَقِيلَ : يَبْقَى لِمَوَالِي الأُمِّ حَتَّى يَمُوتَ الأَبُ ، فَيَنْجَرُّ إِلَى مَوَالِي الْجَدِّ ، وَإِنْ مَلَكَ هَذَا الْوَلَدُ . . . .

وإنما يبطل ولاء موالي الأم ، ويثبت ولاء موالي الأب[١] .

قوله : (ولو مات الأب رقيقاً وعتق الجد . . انجر إلى مواليه) أي : من موالي الأم إلى موالي الجد ؛ لأنه كالأب في النسب (فلو أعتق[٢] الجد والأب رقيق . . انجر) أي : إلى موالي الجد **على الأصح** ؛ لما سبق ، وعلى هذا (فإن أعتق الأب بعده . . انجر إلى مواليه) أي : إلى موالي الأب ؛ لأن موالي الجد إنما جروه لرق الأب ، فإذا أعتق . . كان مولاه أولى بالجر ، وإذا انقرض موالي الأب . . لا يعود لموالي الجد ولا الأم ، بل يبقى لبيت المال .

قوله : (وقيل : يبقى لموالي الأم حتى يموت الأب ، فينجر إلى موالي الجد) يعني : وعلى القول بأن ولاء الجد إذا أعتق لا ينجر إلى موالي الأب لو مات الأب بعد عتق الجد . . ففي انجراره إلى موالي الجد . . وجهان ؛ قطع البغوي بالانجرار وقواه المصنف[٣] ، وصحح الشيخ أبو علي : عدم الانجرار .

والمراد بالجد : أبو الأب ، فإن الولاء لا ينجر من معتق الأم إلى معتق أبي الأم بلا خلاف .

قوله : (وإن ملك[٤] هذا الولد) أي : الذي ثبت عليه الولاء لموالي أبيه

---

(١) مراده : قول السلف : (إن ولاء الولد ينجر عن مولى أمه إلى مولى أبيه) . راجع « البيان » (٨/ ٥٤٥) .

(٢) وفي « المنهاج » المطبوع : (فإن أعتق) .

(٣) التهذيب (٨/ ٤٠٣) ، روضة الطالبين (٨/ ٤٣٣) .

(٤) وفي « المنهاج » المطبوع : (ولو ملك) .

أَبَاهُ . . جَرَّ وَلاَءَ إِخْوَتِهِ إِلَيْهِ ، وَكَذَا وَلاَءُ نَفْسِهِ فِي الأَصَحِّ . قُلْتُ : الأَصَحُّ الْمَنْصُوصُ : لاَ يَجُرُّهُ ، وَاللهُ أَعْلَمُ .

لرق أبيه (أباه . . جر ولاء إخوته إليه) أي : بلا خلافٍ ؛ كما قاله في « المحرر »[1] (وكذا ولاء نفسه في الأصح) أي : كما لو أعتق غيره .

والثاني : ينجر ويسقط ويصير كحرٍّ لا ولاء عليه أصلاً .

(**قلت : الأصح المنصوص : لا يجره ، والله أعلم**) أي : بل يبقى لموالي الأم ؛ لأنه لو جره . . لثبت له على نفسه ، ولا يمكن أن يكون له على نفسه ولاء ، وإذا تعذر الجر . . بقي في موضعه .

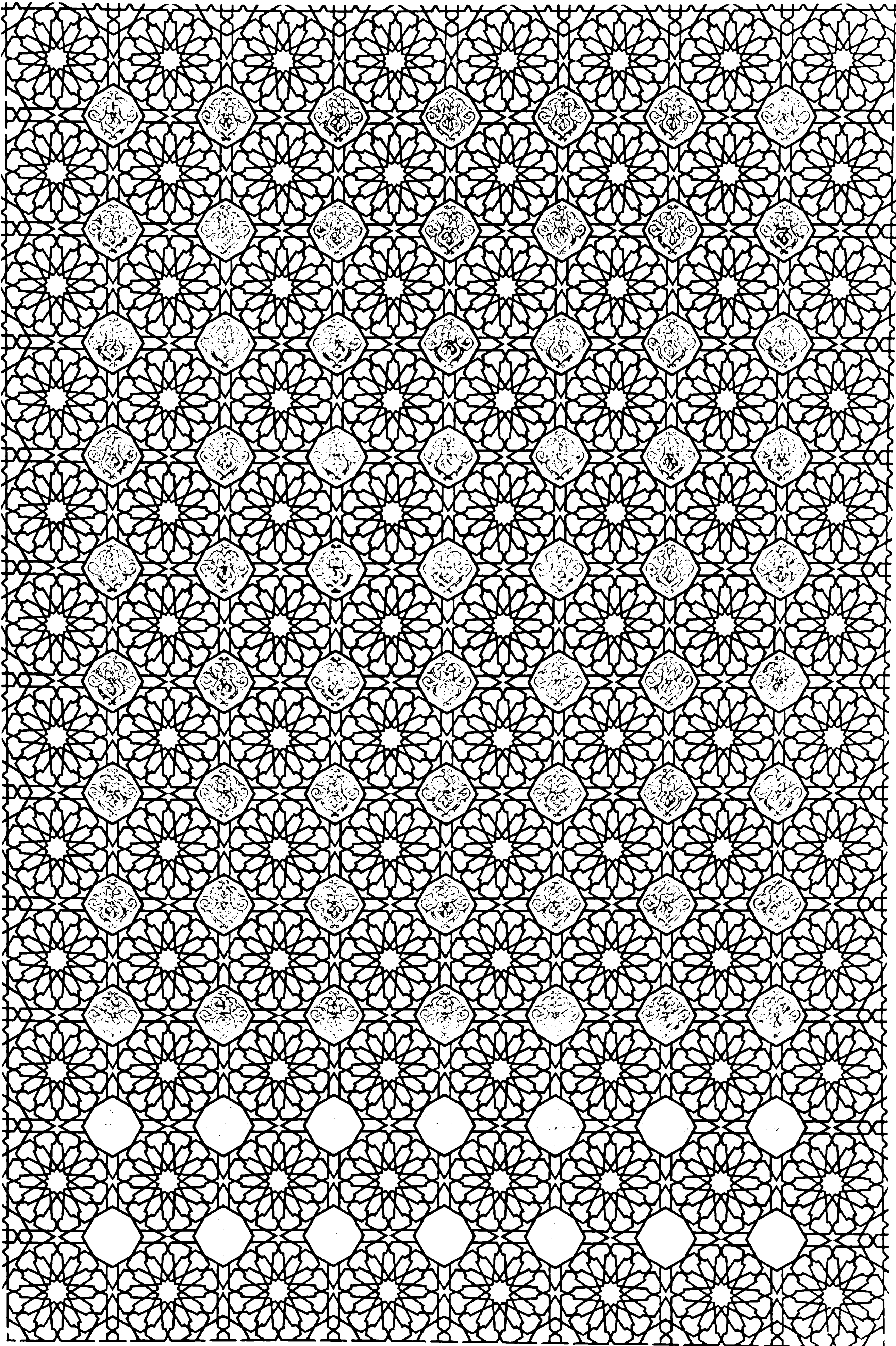
وسياقه يفهم : **أن مراده بـ(إخوته)** : أشقاؤه .

وقال الشيخ إبراهيم المروذي في « تعليقه » : **المراد** : كونهم من أبيه ، سواء كانوا من أمه أو من معتقة أخرى .

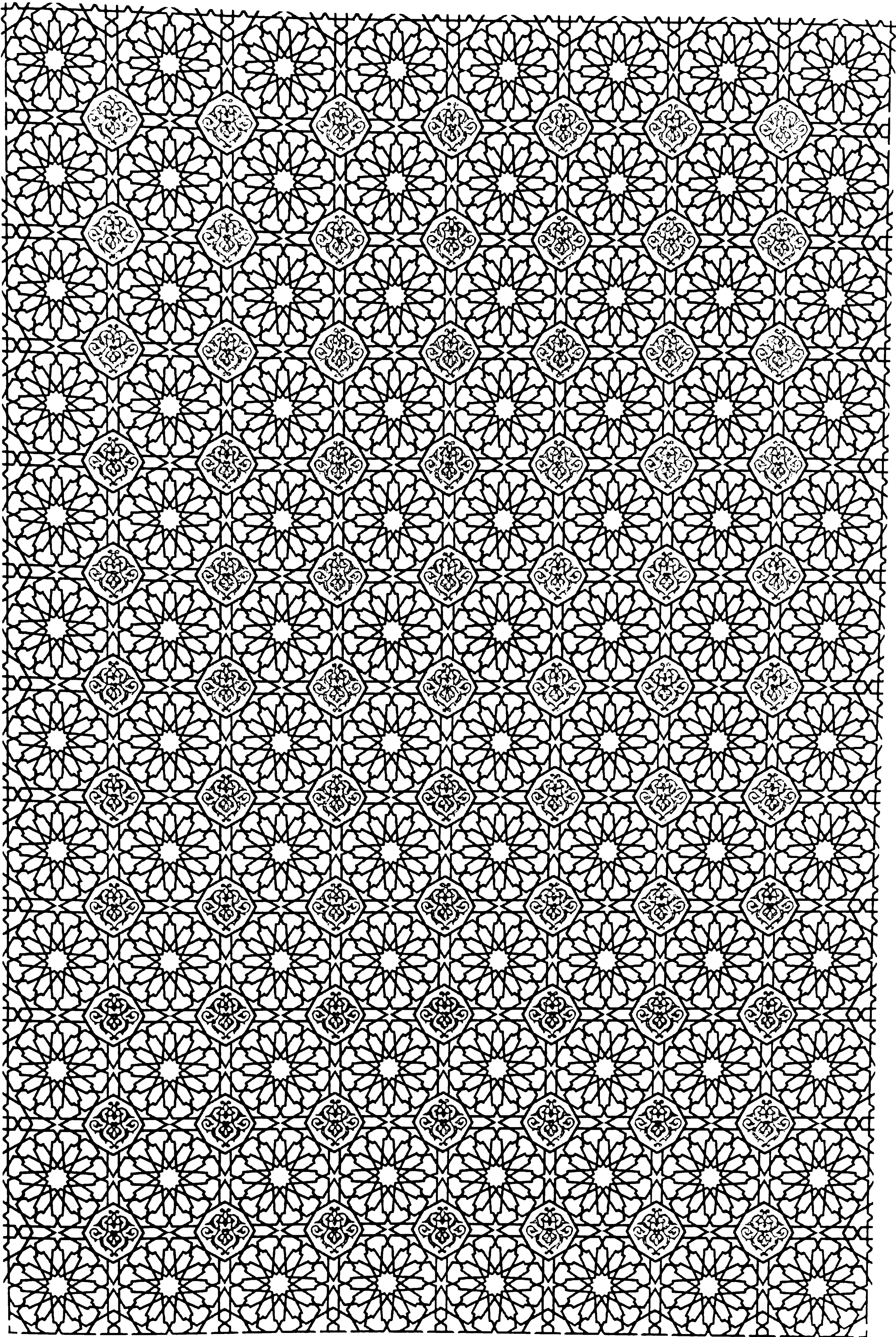
* * *

---

(١) المحرر (٣/ ١٧٦٠) .



كتاب التدبير



كِتَابُ التَّدْبِيرِ

صَرِيحُهُ : أَنْتَ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي ، أَوْ : إِذَا مِتُّ ، أَوْ مَتَى مِتُّ فَأَنْتَ حُرٌّ ، أَوْ : أَعْتَقْتُكَ بَعْدَ مَوْتِي ، . . . .

(كتاب التدبير)

هو لغة : النظر في عواقب الأمور ، **وشرعاً** : عتق العبد عن دبر الحياة ؛ ولذلك سمي به ؛ لأن الموت دبر الحياة ، **وقيل** : إنه دبّر أمر حياته باستخدامه وآخرته بعتقه .

وكان معروفاً في الجاهلية ، فأقره الشرع ، **وقيل** : بل هو حكم مبتدأ ، حكاه الماوردي(١) .

ونقل ابن المنذر وغيره الإجماع على جوازه(٢) . وفي « الصحيحين » أن رجلاً دبّر غلاماً له ليس له مال غيره ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : « مَنْ يَشْتَرِي مِنِّي ؟ » فاشتراه نعيم بن النَّحَّام بثمان مئة درهم فدفعها إليه(٣) .

وفي ذلك تقرير النبي صلى الله عليه وسلم على التدبير .

قوله : (صريحه : أنت حر بعد موتي ، أو : إذا مت ، أو : متى مت فأنت حر ، أو : أعتقتك بعد موتي) لأن هذه الألفاظ لا احتمال فيها ، وهو شأن الصريح .

لكن عبارته يقتضي الحصر ، وليس كذلك ؛ فإنه لو قال : حررتك بعد

---

(١) الحاوي الكبير (٢٢/ ٨٣) .

(٢) الإجماع (ص : ٩٣) .

(٣) صحيح البخاري (٧١٨٦) ، صحيح مسلم (٩٩٧) عن جابر رضي الله عنه .

وَكَذَا : دَبَّرْتُكَ ، أَوْ : أَنْتَ مُدَبَّرٌ عَلَى الْمَذْهَبِ .

وَيَصِحُّ بِكِنَايَةِ عِتْقٍ مَعَ نِيَّةٍ كَخَلَّيْتُ سَبِيلَكَ بَعْدَ مَوْتِي ، . . . .

موتي ، أو : إذا مت فأنت عتيق ، ونحو ذلك مما يؤدي المقصود . . كان تدبيراً ، فلو قال : (مثل كذا . .) كان أولى .

ونازع البلقيني في قوله : أعتقتك بعد موتي ، أو : حررتك بعد موتي ؛ بأن الفعل الماضي لا يكون في جواب الشرط أو ما نزل منزلته إلا وعداً ، لا جواباً لازماً ، ولأنه محال ؛ لأنه بعد موته لا يملك إعتاق عبده ، وأيده بنص الشافعي على أنه لو قال : (إن أعطيتني ألف درهم طلقتك) كان وعداً ، ولا يلزمه أن يطلقها[١] .

قوله : (**وكذا : دبرتك ، أو : أنت مدبر على المذهب**) **هو المنصوص** هنا ، ونص في قوله : كاتبتك على كذا . . أنه لا يكفي حتى يقول : فإذا أديت . . فأنت حر[٢] ، أو ينويه ، **فقيل** : قولان فيهما ، **والمذهب** : تقرير النصين .

والفرق : شهرة التدبير ، ولا يعرف معنى الكتابة إلا الخواص ، والخلاف حيث لم ينو العتق ، فإن نواه . . فلا خلاف .

قوله : (**ويصح بكناية عتق مع نية ؛ كخليت سبيلك بعد موتي**) أي : لأنه نوع من العتق فدخلته كنايته ، ومثله : إذا مت فأنت حر ، أو مسيّب ، أو : مالك نفسك ، ونحو ذلك .

ومقتضى تعبيره : أنه لا يصح إلا بكنايات الإعتاق ، وليس كذلك ، فإنه يصح بلفظ التحبيس مع نية التدبير .

---

(١) الأم (٦/٥٢١) .

(٢) الأم (٧/٤٨٦) ، (٩/٣٠٩) ، (٩/٣٧٤) .

وَيَجُوزُ مُقَيَّداً ؛ كَإِنْ مِتُّ فِي هَذَا الشَّهْرِ ، أَوِ الْمَرَضِ . . فَأَنْتَ حُرٌّ ، وَمُعَلَّقاً ؛ كَإِنْ دَخَلْتَ . . فَأَنْتَ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي ؛ فَإِنْ وُجِدَتِ الصِّفَةُ وَمَاتَ . . عَتَقَ ، وَإِلاَّ . . فَلاَ .

قوله : (**ويجوز**) أي : التدبير (**مقيداً ؛ كإن مت في هذا الشهر أو المرض . . فأنت حر**) أي : قياساً على المطلق ، وهو تعليقه على الموت بلا شرط ، فإن وجدت الصفة ومات . . عتق ، وإلا . . فلا .

قال في « الاستقصاء » : والحكم في المطلق ؛ كالمقيد إلا في شيء واحدٍ ، وهو : أن العتق يقع في المطلق بالمرض على الإطلاق ، وفي المقيد بالموت على الصفة التي ذكرها ، **هذا هو المشهور** .

وحكى الروياني عن نصه في « البويطي » : أنه لو قال : إن مت في مرضي هذا أو في سفري هذا ، فمات في مرضه أو سفره . . كان حراً ، لكنه وصية وليس بتدبير[1] .

قال الزركشي : **وعلى هذا** : فحقيقة التدبير تعليق العتق بمطلق الموت ، ولا ينقسم إلى مطلق ومقيد .

وفائدة الخلاف تظهر في الرجوع ؛ فإن قلنا : ليس بتدبير . . لم يصح رجوعه عنه إلا بإخراجه عن ملكه .

قوله : (**ومعلقاً**) أي : بشرط (**كإن دخلت**[2] . . **فأنت حر بعد موتي**) أي : لأنه دائر بين أن يكون وصية أو عتقاً بصفة ، وكل منهما يقبل التعليق .

قوله : (**فإن وجدت الصفة ومات . . عتق ، وإلا . . فلا**) أي : لأنه لا يصير مدبراً ما لم يدخل ، قاله الزركشي .

---

(١) بحر المذهب (٨/ ٢٤٠) ، مختصر البويطي (ص : ١١١٥) .

(٢) وفي « المنهاج » المطبوع : (كإن دخلت الدار) .

وَيُشْتَرَطُ الدُّخُولُ قَبْلَ مَوْتِ السَّيِّدِ ، فَإِنْ قَالَ : إِنْ مِتُّ ثُمَّ دَخَلْتَ فَأَنْتَ حُرٌّ . . اشْتُرِطَ دُخُولٌ بَعْدَ الْمَوْتِ ، وَهُوَ عَلَى التَّرَاخِي ، وَلَيْسَ لِلْوَارِثِ بَيْعُهُ قَبْلَ الدُّخُولِ ، . . . .

وقال الإمام البلقيني : **مقتضاه** : أنه قبل الدخول غير مدبر ، وأن الموجود تعليق غير تدبير .

وذلك يقتضي : أنه لا يجوز الرجوع فيه قولاً واحداً ، وهو مردود ، ففي جواز الرجوع عنه بالقول قولان في التدبير ؛ لأن هذا تعليق للتدبير ، والتعليق لا يزيد على التنجيز .

قوله : (ويشترط الدخول قبل موت السيد) أي : كسائر الصفات المعلق عليها ، فإن مات السيد قبل الدخول . . فلا تدبير ولغا التعليق .

قوله : (فإن قال : إن مت ثم دخلت فأنت حر . . اشترط دخول بعد الموت) أي : عملاً بقضية اللفظ ؛ من الترتيب في ذلك ، فلو دخل قبل موته . . لم يعتق .

وتعبيره بـ(ثم) يقتضي : أنه لو أتى بـ(الواو) . . لم يشترط فيه ترتيب الدخول ، لكن الرافعي والنووي نقلا عن البغوي : الاشتراط أيضاً إلا أن يريد الدخول قبله[1] .

قال الزركشي : والصواب : ما اقتضته عبارة المصنف .

قوله : (وهو) أي : الدخول بعد الموت (على التراخي) ولا يشترط فيه المبادرة ، أي : لأن (ثم) يقتضي ذلك (وليس للوارث بيعه قبل الدخول) أي : ليس له إبطال تعليق الميت وإن كان للميت أن يبطله ؛ كما لو أوصى

---

(١) الشرح الكبير (١٣/ ٤١١) ، روضة الطالبين (٨/ ٤٤٦) ، التهذيب (٨/ ٤٠٧) .

وَلَوْ قَالَ : إِذَا مِتُّ وَمَضَى شَهْرٌ فَأَنْتَ حُرٌّ . فَلِلْوَارِثِ اسْتِخْدَامُهُ فِي الشَّهْرِ لاَ بَيْعُهُ .

وَلَوْ قَالَ : إِنْ شِئْتَ فَأَنْتَ مُدَبَّرٌ ، أَوْ : أَنْتَ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي إِنْ شِئْتَ . . اشْتُرِطَتِ الْمَشِيئَةُ مُتَّصِلَةً ، . . . .

لرجل بشيء ومات ليس للوارث بيعه وإن كان للموصي أن يبيعه .

قال الزركشي : هذا **هو الصحيح** .

وقيل : له بيعه ؛ لأن أحد شرطي العتق لم يوجد ، وفي ذلك ضرر على الوارث ، لاسيما إذا كان عاجزاً لا منفعة فيه فيصير كلاً عليه .

وذكر البيع مثال ، وإلا . . فكل تصرف يزيل الملك في معناه .

وفهم منه : أنه ليس للوارث منعه من الدخول ، وذكر ابن أبي الدم : أن الشيخ أبا علي حكى فيه وجهين .

قوله : (ولو قال : إذا مت ومضى شهر فأنت حر . . فللوارث استخدامه في الشهر) أي : ونحوه ؛ مما لا يزيل الملك كإجارته ؛ لبقائه على ملكه .

قوله : (لا بيعه) لما سبق : أنه ليس له إبطال تعليق المورث .

ولم يذكر حكمه بالنسبة إلى المعتق ، وهو : أنه يعتق بعد موته بشهر ، **ثم الراجح** : أنه يعتق بالصفة ، لا بالتدبير .

قوله : (ولو قال : إن شئت فأنت مدبر ، أو : أنت حر بعد موتي إن شئت . . اشترطت المشيئة متصلة) أي : باللفظ ؛ لأن الخطاب يقتضي جواباً في الحال ؛ كالبيع ، ولأنه كالتمليك والتمليك يفتقر إلى القبول في الحال .

وقيل : لا تشترط المشيئة على الفور ؛ لأنه تعليق مجرد ، وإنما يقتضي الفور الجوابُ المعلق بالمعاوضة .

فَإِنْ قَالَ : مَتَى شِئْتَ . . فَلِلتَّرَاخِي . وَلَوْ قَالاَ لِعَبْدِهِمَا : إِذَا مِتْنَا فَأَنْتَ حُرٌّ . . لَمْ يَعْتِقْ حَتَّى يَمُوتَا ، . . . .

قال في « الروضة » : ينظر في لفظ التعليق ؛ فإن قال : أنت حر بعد موتي إن شئت بعد الموت ، أو اقتصر على قوله : إن شئت ، وقال : أردت بعد الموت . . فقال الإمام والغزالي : لا يشترط الفور بعد الموت ، ونفى الإمام الخلاف فيه[١] .

وفي « التهذيب » وغيره : وجهان في الفور فيما لو قال : إذا مت وشئتَ بعد موتي ، والصورة كالصورة ، ولو قال : إذا مت فشئت فأنت حر . . **فالأصح** : اشتراط اتصال المشيئة بالموت ؛ لأن الفاء للتعقيب[٢] .

قال الزركشي : **وتصوير المصنف يقتضي** : أن اشتراط الفورية . . إذا أضاف المشيئة للعبد ؛ فلو قال : إن شاء زيد ، أو : إذا شاء زيد . . قال الصيمري في « الإيضاح » : لم يشترط الفور ، بل متى شاء في حياة السيد . . صار مدبراً ؛ لأن ذلك في حيز العتق بالصفات ؛ فهو كتعليقه بدخول الدار ، وبه جزم الماوردي[٣] .

قوله : (فإن قال : متى شئت . . فللتراخي) أي : بلا خلاف ؛ لأن (متى) موضوعة للزمان ، فاستوى فيها جميع الأزمان .

وإطلاقه التراخي مقيد بحياة السيد ، فلا تكفي المشيئة بعد موته ، صرح به القاضيان الحسين والماوردي[٤] وغيرهما .

قوله : (ولو قالا لعبدهما : إذا متنا فأنت حر . . لم يعتق حتى يموتا)

---

(١) روضة الطالبين (٨/٤٤٨) ، نهاية المطلب (١٩/٣١٦) ، الوسيط (٤/ ٣٩٥) .

(٢) التهذيب (٨/٤٠٨)

(٣) الحاوي الكبير (٢٢/ ٩٠) .

(٤) الحاوي الكبير (٢٢/ ٩٠) .

فَإِنْ مَاتَ أَحَدُهُمَا . . فَلَيْسَ لِوَارِثِهِ بَيْعُ نَصِيبِهِ .

وَلاَ يَصِحُّ تَدْبِيرُ مَجْنُونٍ ، وَصَبِيٍّ لاَ يُمَيِّزُ ، . . . .

أي : إما معاً أو مرتباً ؛ لأنه معلق بصفتين فلا يعتق حتى يوجدا .

ثم إن ماتا معاً . . فهو عتق معلق لا تدبير **على الأصح** ؛ لأنه معلق بموته وموت غيره والتدبير تعليقه بموت نفسه .

وإن ماتا مرتباً . . **فقيل** : لا تدبير ، **والصحيح** : أن بموت الأول صار نصيب الثاني مدبراً ؛ لتعلق العتق بموته .

وظاهر عبارته : اعتبار قولهما معاً ، وقال الماوردي : لا فرق بين أن يتفق الشريكان على القول دفعة ، أو يتقدم قول أحدهما على قول الآخر[١] ، بل لا يشترط قول الآخر ؛ فمن انفرد بالقول . . عتقت حصته بموت أحدهما ، فإن تقدم موته . . عتق نصيبه بالوصية وإن تأخر بالتدبير .

قوله : (**فإن مات أحدهما . . فليس لوارثه بيع نصيبه**) لأن بالموت تعلق للعبد حق ينتظر ، فلا يجوز إبطاله عليه ، والصورة قبل موت الثاني ، أما بعده . . فيصير حراً قطعاً .

وأفهم منعه من البيع : أن له التصرف بما لا يزيل الملك ؛ كالاستخدام والإجارة .

والأصح : أن كسبه بين موت الشريكين . . للوارث خاصة ، ويصير نصيب الشريك الحي مدبراً ؛ لأن عتق نصيبه الآن متعلق بموته وحده .

قوله : (**ولا يصح تدبير مجنون ، وصبي لا يميز**) أي : لعدم أهليتهما ، وهذا في الجنون المطبق ، فلو كان متقطعاً ودبر في حال الإفاقة . .

---

(١) الحاوي الكبير (٢٢/ ٩٢) .

وَكَذَا مُمَيِّزٌ فِي الأَظْهَرِ ، وَيَصِحُّ مِنْ سَفِيهٍ وَكَافِرٍ أَصْلِيٍّ ، وَتَدْبِيرُ الْمُرْتَدِّ يُبْنَى عَلَى أَقْوَالِ مِلْكِهِ . . . .

صح ، قاله في « البحر »(١) .

قوله : (وكذا مميز في الأظهر) لأنه تصرف في المال ؛ فلم يصح كالبيع .

والثاني : يصح ؛ لأن الحجر عليه لمصلحته ، والمصلحة هنا في جوازه ؛ لأنه إن عاش. . لم يلزمه ، وإن مات. . حصل له الثواب ، واختاره الشيخ أبو حامد وأتباعه ، وصور المسألة بالمراهق ، وصححه الفارقي .

وفي « التحرير » : **المعتمد في التمييز** : كونه ابن سبع سنين ، وهي التي يؤمر فيها بالصلاة ويخير بين الأبوين ، لا ما يعتبره المحدثون ، وهو أربع أو خمس(٢) .

قوله : (ويصح من سفيه) أي : على المذهب ؛ لأنه مكلف وله قول ؛ فأشبه النكاح والطلاق .

وقيل : قولان ؛ كالصبي .

وهذا في المحجور عليه ، أما من طرأ سفهه بعد رشده ولم يحجر عليه. . فتصرفه نافذ **على الأصح** ؛ فلهذا لم يقيد المصنف بالمحجور .

قوله : (وكافر أصلي) أي : حربياً كان أو ذمياً ؛ لأنه صحيح الملك ، قال تعالى : ﴿ وَأَوْرَثَكُمْ أَرْضَهُمْ وَدِيَـٰرَهُمْ وَأَمْوَٰلَهُمْ ﴾ [الأحزاب : ٢٧] فأضافها إليهم إضافة ملك ، وإذا ثبت الملك. . صح تدبيره ؛ لأنه عقد يفضي للعتق وعقودهم جائزة .

قوله : (وتدبير المرتد يبنى على أقوال ملكه) أي : إن قلنا : باق. . صح

---

(١) بحر المذهب (٨/ ٢٦٥) .

(٢) تحرير الفتاوي (٣/ ٨١٧) ، وعبارته : (وهي الحالة التي. . .) .

وَلَوْ دَبَّرَ ثُمَّ ارْتَدَّ . . لَمْ يَبْطُلْ عَلَى الْمَذْهَبِ ، وَلَوِ ارْتَدَّ الْمُدَبَّرُ . . لَمْ يَبْطُلْ ، وَلِحَرْبِيٍّ حَمْلُ مُدَبَّرِهِ إِلَى دَارِهِمْ .

تدبيره ، وإن قلنا : زال . . فلا ، وإن قلنا : موقوف . . فتدبيره موقوف ؛ إن أسلم . . بان صحته ، وإلا . . فلا .

قوله : (ولو دبر ثم ارتد . . لم يبطل على المذهب) لأن الردة تؤثر في العقود المستقبلة ، دون الماضية ؛ بدليل أنه لا يفسد البيع والهبة السابقان عليها .

وعلى هذا : إذا مات مرتداً . . عتق العبد ؛ صيانة لحقه .

والثانية[١] : يبطل قطعاً ؛ لأنه لو بقي . . عتق بموته وكان من الثلث ، وما نفذ من الثلث . . اشترط فيه بقاء الثلثين للورثة ، **وهذا ضعيف** .

والثالثة : البناء على أقوال الملك .

قوله : (ولو ارتد المدبر . . لم يبطل) أي : تدبيره وإن صار دمه مهدراً ؛ لبقاء الملك فيه ، فلو مات السيد قبل قتله . . عتق ، ولو التحق بدار الحرب فسبي . . فهو على تدبيره ولا يجوز استرقاقه .

قوله : (ولحربي حمل مدبره إلى دارهم) أي : سواء دبره في دار الحرب أو الإسلام ؛ كما قاله الماوردي ؛ لأن أحكام الرق[٢] باقية في المدبر ، ويجوز له إبطال ما أثبته له[٣] .

ولو امتنع المدبر من الرجوع معه ؛ لئلا يسترق بعد موت سيده . . أجبر على

---

(١) أي : الطريقة الثانية . راجع « عمدة المحتاج » (١٥/ ٥٢٥) ، و« النجم الوهاج » (١٠/ ٥١٥) .

(٢) وفي (أ) : (الأحكام) بدل (أحكام الرق) .

(٣) الحاوي الكبير (٢٢/ ١١١) .

وَلَوْ كَانَ لِكَافِرٍ عَبْدٌ مُسْلِمٌ فَدَبَّرَهُ . . نُقِضَ وَبِيعَ عَلَيْهِ ، وَلَوْ دَبَّرَ كَافِرٌ كَافِراً فَأَسْلَمَ وَلَمْ يَرْجِعِ السَّيِّدُ فِي التَّدْبِيرِ . . نُزِعَ مِنْ يَدِ سَيِّدِهِ وَصُرِفَ كَسْبُهُ إِلَيْهِ ، .

العود معه في الحال ، وهكذا حكم مستولدته ، بخلاف المكاتب ، فإنه في حكم الخارج عن ملكه .

وقيد في « الروضة » و« أصلها » المدبر والمستولدة بالكافرين[١] ، وأراد : الأصليين ؛ ليخرج : المسلمان[٢] فإنه يمنع من حملهما ؛ لبقاء علقة الإسلام .

قوله : (ولو كان لكافر عبد مسلم فدبره . . نقض وبيع عليه) لأن التدبير لا يزيل الملك ولا يمنع من البيع .

ومراده : إذا قلنا : التدبير وصية . . نقض عليه ، وإن جعلناه تعليقاً بصفة . . بيع عليه .

والأولى : أن يكون على التقديم والتأخير ؛ فإن (**الواو**) ليست للترتيب ، **والتقدير** : بيع عليه ونقض تدبيره بالبيع ، قاله الزركشي .

قوله : (ولو دبر كافر كافراً فأسلم ولم يرجع السيد في التدبير . . نزع من يد سيده) أي : دفعاً للذل ، ويجعل في يد عدل ولا يباع ، بل يبقى مدبراً ؛ لما فيه من مصلحة العتق .

وقضية تعبيره : جواز الرجوع فيه بالقول ، لكنه ممتنع **على الأصح** .

قوله : (وصرف كسبه إليه) أي : إلى سيده وينفق عليه منه ، وإن لم يكن له كسب . . أنفق عليه ؛ لبقاء ملكه .

---

(١) الشرح الكبير (١٣/ ٤١٨) ، روضة الطالبين (٨/ ٤٥١) .
(٢) أي : المرتدان . وراجع « نهاية المحتاج » (٨/ ٤٠٠) .

وَفِي قَوْلٍ : يُبَاعُ ، وَلَهُ بَيْعُ الْمُدَبَّرِ .

وَالتَّدْبِيرُ : تَعْلِيقُ عِتْقٍ بِصِفَةٍ ، وَفِي قَوْلٍ : وَصِيَّةٌ ، . . . .

قوله : (وفي قول : يباع) وينقض التدبير ؛ لأن العبد المسلم لا يقر في يد الكافر .

قال الزركشي : إنه الأصح في « إيضاح الجاجرمي » وصححه الفارقي وابن أبي عصرون ، وهو المختار ، لا يقوى الفرق بين التدبير السابق للإسلام واللاحق بعده .

واحترز بقوله : (ولم يرجع) : عما إذا رجع ، فإنه يباع قطعاً ؛ لبطلان التدبير .

قوله : (وله بيع المدبر) أي : بلا خلافٍ ؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم باعه[1] .

وفي معنى البيع : كل تصرف يزيل الملك ؛ كالصداق والخلع ، والهبة المقبوضة ، فإن لم يقبض. . لم يبطل التدبير على الأصح .

قوله : (والتدبير : تعليق عتق بصفة) أي : كما لو علق بموت الغير ، ولأنه لا يحتاج إلى إحداث صفة أو قبول بعد الموت ، وهذا ما عليه الأكثرون ، وهو المنصوص في كتبه الجديدة .

(وفي قول : وصية) أي : للعبد بالعتق ؛ نظراً إلى اعتباره من الثلث ، وهو المنصوص في « البويطي »[2] ، وحكى في « المطلب » في (باب الوصية) عن « الأم » : الجزم به[3] .

---

(١) لحديث جابر رضي الله عنه المار في أول الباب .

(٢) مختصر البويطي (ص : ١١١٣) .

(٣) الأم (٩/ ٣٣٤ـ ٣٣٥) .

فَلَوْ بَاعَهُ ثُمَّ مَلَكَهُ . . لَمْ يَعُدِ التَّدْبِيرُ عَلَى الْمَذْهَبِ ، وَلَوْ رَجَعَ عَنْهُ بِقَوْلٍ ؛ كَأَبْطَلْتُهُ ، فَسَخْتُهُ ، نَقَضْتُهُ ، رَجَعْتُ فِيهِ . . صَحَّ إِنْ قُلْنَا : وَصِيَّةٌ ، وَإِلاَّ . . فَلاَ ، . . . .

ولا فرق في جريان القولين بين التدبير المقيد والمعلق **على أصح** الطريقين .

قوله : (فلو باعه ثم ملكه . . لم يعد التدبير على المذهب) أي : إذا قلنا : **وصية** ؛ كما لو أوصى بشيء وباعه ثم عاد إلى ملكه .

وأما إن قلنا : **تعليق عتق** . . فعلى الخلاف في عود الحنث ، **والأظهر** : أنه لا يعود .

قال في « الروضة » : **فحصل أن المذهب** : أنه لا يعود التدبير(١) .

قوله : (ولو رجع عنه بقول ؛ كأبطلته ، فسخته ، نقضته ، رجعت فيه . . صح إن قلنا : وصية) أي : كما يصح الرجوع عن الوصية بذلك (وإلا . . فلا) أي : وإن قلنا : تعليق عتق . . فلا يصح بالقول ، وإنما يرفع بإزالة ملكه عنه ؛ كسائر التعليقات .

وكل ما يكون رجوعاً عن الوصايا . . فهو هنا رجوع ، إلا التسري ، فإنه رجوع عن الوصية بالجارية ، ولا يكون رجوعاً عن التدبير ؛ لأن الاستيلاد تقرير للحرية .

ومراده بالقول : اللفظ أو المنزل منزلته ؛ كإشارة الأخرس المفهومة ، فإن لم تفهم . . لم يصح منه الرجوع .

وحذف المصنف حرف العطف ؛ كقول بعض العرب : أكلت سمكاً تمراً .

---

(١) روضة الطالبين (٨/ ٤٥٢) .

وَلَوْ عُلِّقَ عِتْقُ مُدَبَّرٍ بِصِفَةٍ. . صَحَّ وَعَتَقَ بِالأَسْبَقِ مِنَ الْمَوْتِ وَالصِّفَةِ .

وَلَهُ وَطْءُ مُدَبَّرَةٍ ، وَلاَ يَكُونُ رُجُوعاً ، فَإِنْ أَوْلَدَهَا . . بَطَلَ تَدْبِيرُهُ ، . . .

قوله : (ولو علق عتق مدبر بصفة . . صح وعتق بالأسبق من الموت والصفة) أي : والتدبير باق بحاله ؛ لأنه لا ينافي مقصوده ، فإن الصفة إن تعجلت . . حصل مقصود التدبير ، وإن تأخرت . . لم ينتظر ، جزم به البغوي وصاحب « الكافي » ، وخرج الإمام المسألة على أن التدبير وصية أم لا ، إن قلنا : وصية . . فهو رجوع[١] .

قوله : (وله وطء مدبرة) لأنها ملكه ؛ كالمستولدة ، وقد روى مالك عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما فعله[٢] .

ونقل أحمد وابن المنذر فيه الإجماع سوى الزهري[٣] .

ويخالف المكاتبة ؛ لأنها استقلت ؛ ولهذا يمتنع بيعها .

قوله : (ولا يكون رجوعاً) أي : عن التدبير ، كذا جزموا به ، وكأنه تفريع **على الأصح** : أن التدبير تعليق عتق بصفة ، فإن قلنا : **وصية** . . اتجه الخلاف فيما إذا وطىء وأنزل هل يكون رجوعاً ؟ ويحتمل عدم مجيئه ، قاله الزركشي .

قوله : (فإن أولدها . . بطل تدبيره) أي : **على الصحيح** ؛ لأن الاستيلاد أقوى فيرتفع به الأضعف ؛ كما يرتفع النكاح بملك اليمين .

وقيل : لا يبطل ؛ لأنه لا ينافيه ويكون لعتقها سببان ، واختاره القضاة

---

(١) التهذيب (٨/ ٤١١) ، نهاية المطلب (١٩/ ٣١٠) .

(٢) الموطأ (١٥٨١) ، وأخرجه البيهقي في « الكبير » (٢١٦٠٤) .

(٣) الإجماع (ص : ٩٤) .

وَلاَ يَصِحُّ تَدْبِيرُ أُمِّ وَلَدٍ ، وَيَصِحُّ تَدْبِيرُ مُكَاتَبٍ وَكِتَابَةُ مُدَبَّرٍ .

الماوردي والطبري والروياني[١] وغيرهم .

قوله : (ولا يصح تدبير أم ولد) لأنها تستحق العتق بالموت بسبب أقوى ، وليس لنا ما يمنع التدبير فيه مع وجود أهلية الملك سوى هذه الصورة .

قوله : (ويصح تدبير مكاتب) أي : كما يصح تعليق عتقه على صفةٍ ويكون مدبراً مكاتباً[٢] ، فإن أدى المال قبل موت السيد . . عتق وبطل التدبير ، وإن لم يؤد حتى مات السيد . . عتق إن احتمله الثلث وبطلت الكتابة ؛ لأن بقاءها بعد الحرية ممتنع ، وإن لم يحتمله . . عتق بقدر الثلث وبقيت الكتابة في الباقي ، فإن أدى قسطها . . عتق ، قاله الرافعي[٣] .

قال الزركشي : إنما يأتي على الوجه الضعيف فيما : إذا دبر عبداً وباقي ماله غائب . . لا يعتق العبد بموته ؛ لاحتمال تلف المال ، وفي ثلثه وجهان ؛ **أصحهما** : لا يعتق أيضاً ؛ لأن في تنجيز العتق تنفيذ التبرع قبل تسليط الورثة على الثلثين .

وقياسه : ألاّ يتنجز العتق في شيء من المكاتب ؛ لأن الورثة لا يصل إليهم مثلاه ؛ لأنهم لا يقدرون على التصرف في الباقي .

قوله : (وكتابة مدبر) أي : لموافقتها لمقصود التدبير ، وفي بطلان التدبير بها وجهان ؛ إن قلنا : وصية . . بطل ، أو تعليق . . فلا ، وحكي عن نص « الأم »[٤] وأورده الشيخ أبو حامد وجماعة ، فيكون مدبراً مكاتباً .

---

(١) الحاوي الكبير (٢٢/ ١٠٥) ، بحر المذهب (٨/ ٢٥٦) .
(٢) وفي (أ) : (مدبراً ومكاتباً) .
(٣) الشرح الكبير (١٣/ ٤٢٣) .
(٤) راجع « الأم » (٩/ ٣٢١) .

فصل

وَلَدَتْ مُدَبَّرَةٌ مِنْ نِكَاحٍ ، أَوْ زِناً . . لاَ يَثْبُتُ لِلْوَلَدِ حُكْمُ التَّدْبِيرِ فِي الأَظْهَرِ ، . . . .

وقال القاضي أبو حامد : يسأل عن كتابته ؛ فإن أراد بها الرجوع عن التدبير . . ففي ارتفاعه القولان ، وإلا . . فهو مدبر مكاتب قطعاً .

(فصل)

[في حكم حمل المدبرة والمعلق عتقها ، وجناية المدبر وعتقه]

(ولدت مدبرة من نكاح أو زناً . . لا يثبت للولد حكم التدبير في الأظهر) لأنه عقد يقبل الرفع ، فلا يسري إلى الولد كولد المرهونة والموصي بها طرداً ، وولد المستولدة عكساً ، وتبع في ترجيحه « المحرر » و« زيادة الروضة »[(١)] .

والثاني : يثبت ؛ لأن الولد يتبع أمه في الرق والحرية ، فيتبعها أيضاً في التدبير الذي هو سبب الحرية ؛ كالمستولدة .

وفي « الشرح الصغير » : **أنه أظهر عند أكثرهم** ، وقرر البلقيني ترجيحه .

قال الإمام : **الأظهر** : القطع بالمنع[(٢)] .

ومحل الخلاف : ما إذا حدث بعد التدبير وانفصل قبل موت السيد ، فإن مات وهو حمل . . عتق معها بلا خلاف ، كذا في « الروضة » و« أصلها » ، وفيه وجه بعيد[(٣)] ، فإن لم يحتملها الثلث حاملاً . . عتق منها قدر الثلث ،

---

(١) المحرر (٣/١٧٦٨) ، روضة الطالبين (٨/ ٤٦٠) .

(٢) نهاية المطلب (١٩/٣٢٨) .

(٣) الشرح الكبير (١٣/٤٣٧) ، روضة الطالبين (٨/٤٦١) ، **والوجه البعيد** : أن الحمل لا يتبع ، حكاه ابن يونس وابن الرفعة . راجع « النجم الوهاج » (١٠/٥٢١) .

وَلَوْ دَبَّرَ حَامِلاً . . ثَبَتَ لَهُ حُكْمُ التَّدْبِيرِ عَلَى الْمَذْهَبِ ، فَإِنْ مَاتَتْ أَوْ رَجَعَ فِي تَدْبِيرِهَا . . . .

وكذا المعلق عتقها على صفة لو كانت حاملاً عند وجود الصفة .

وقوله : (**من نكاح أو زنا**) تصوير لا تقييد ؛ فلو أتت به من وطء شبهة بحيث لا يكون حراً ، أو من نكاح فاسد ، أو على فراش زوج ونفاه باللعان ، وادعت أنه من السيد ونفاه . . فحكمه كذلك ، قاله في « التحرير »[(١)] .

قوله : (**ولو دبر حاملاً . . ثبت له حكم التدبير على المذهب**) أي : وإن قلنا : لا يعرف الحمل ؛ كما يدخل في العتق والبيع وإن قلنا : لا يعرف .

والطريق الثاني : أنه على القولين في أن الحمل هل يعرف ؟ إن قلنا : نعم ـ **وهو الأظهر** ـ . . فهو مدبر ، وإلا . . ففيه القولان في الولد الحادث .

وإنما يعرف كونه موجوداً عند التدبير إذا ولدته لدون ستة أشهر ، فإن ولدته لأكثر من أربع سنين من وقت التدبير . . فهو حادث ، وكذا إن ولدته لما بينهما ولها زوج يطؤها ، وإن فارقها قبل التدبير وولدت لدون أربع سنين من الفراق . . **فالأظهر** : أنه يجعل موجوداً يوم التدبير ؛ كما في النسب .

وإنما عبر **بالثبوت** ؛ لأنه ليس على سبيل السراية ، ولكن اللفظ يتناوله ، كما قاله الرافعي[(٢)] .

ومقتضاه : صحة استثنائه ، وبه صرح الماوردي والروياني ، وشرطا أن تلده قبل موته ، فلو ولدته بعده . . بطل ؛ لأن الحرة لا تلد إلا حراً[(٣)] .

قوله : (**فإن ماتت**) أي : الأم في حياة السيد (**أو رجع في تدبيرها** . .

---

(١) تحرير الفتاوي (٣/ ٨١٩) ، وفيه : (أو ادعت) بدل (وادعت) .

(٢) الشرح الكبير (١٣/ ٤٣٧ـ٤٣٨) .

(٣) الحاوي الكبير (٢٢/ ١٠٧) ، بحر المذهب (٨/ ٢٥٩) .

دَامَ تَدْبِيرُهُ ، وَقِيلَ : إِنْ رَجَعَ وَهُوَ مُتَّصِلٌ . . فَلاَ ، وَلَوْ دَبَّرَ حَمْلاً . . صَحَّ ، فَإِنْ مَاتَ . . عَتَقَ دُونَ الأُمِّ ، وَلَوْ بَاعَهَا حَامِلاً . . صَحَّ وَكَانَ رُجُوعاً عَنْهُ .

دام تدبيره) كما لو دبر عبدين فمات أحدهما أو رجع فيه ، هذا **هو الصحيح** (وقيل : إن رجع وهو متصل . . فلا) أي : فلا يدوم تدبيره ، بل يتبعها في الرجوع ؛ كما يتبعها في التدبير .

وفرق **الأول** بتغليب الحرية فيها .

والخلاف إذا أطلق الرجوع ، فلو قال : رجعت عن تدبيرها دون تدبيره . . دام فيه قطعاً .

ومحله **أيضاً** : إذا لم يرجع بإزالة الملك ، فإن رجع بذلك . . كان رجوعاً عن تدبير الحمل ؛ لزوال ملكه عنه .

واعترض **البلقيني على الأول** : بأنه إنما يكون إذا رجع بالقول ، والمصنف يصحح : أنه لا يجوز الرجوع بالقول .

ولو رجع عن تدبيره[١] قبل الانفصال ، وجوزنا الرجوع باللفظ . . ارتفع تدبيره ، دون الأم **على الصحيح** .

قوله : (ولو دبر حملاً) أي : بمفرده (. . صح) كما يصح عتقه دونها ، ولا يتعدى ذلك إلى الأم ، بخلاف عكسه ، ولأن الحمل تابع فلا يكون متبوعاً (فإن مات) أي : السيد (. . عتق دون الأم) لما ذكرناه[٢] .

قوله : (ولو باعها[٣] حاملاً . . صح وكان رجوعاً عنه) أي : عن التدبير ؛

---

(١) أي : الحمل . راجع « عمدة المحتاج » (١٥/ ٥٣٣) .
(٢) أي : لما تقرّر أنه تابع . تحفة المحتاج (١٠/ ٧٤٥) .
(٣) وفي « المنهاج » المطبوع : (وإن باعها) .

وَلَوْ وَلَدَتِ الْمُعَلَّقُ عِتْقُهَا. . لَمْ يَعْتِقِ الْوَلَدُ ، وَفِي قَوْلٍ : إِنْ عَتَقَتْ بِالصِّفَةِ. . عَتَقَ . . . .

لأن التدبير يبطل ويدخل الحمل في البيع .

وهذا إذا قصد بالبيع الرجوع ، فإن لم يقصد. . **فالأصح** : صحة البيع فيهما وحصول الرجوع ؛ كما لو باع المدبر ناسياً للتدبير. . فإنه يصح البيع والرجوع ، قاله الرافعي[1] .

لكن حكى الماوردي والروياني والجويني في « السلسلة » عن النص : البطلان فيهما ؛ لأن حكم الحمل مخالف لحكم الأم ، قال الروياني : وهو أصح عنده[2] ، حكاه الزركشي .

قوله : (**ولو ولدت المعلق عتقها**) أي : من نكاح أو زناً (. . **لم يعتق الولد**) لأنه قد يلحقه الفسخ فلم يتعد إلى الولد ؛ كالرهن والوصية .

(**وفي قول : إن عتقت بالصفة. . عتق**) أي : كما في أم الولد[3] .

ومعناه : أن الصفة إذا وجدت منها وعتقت. . عتق الولد ، ولا تعتبر الصفة فيه ، ولو وجدت منه. . فلا أثر لها .

وقال الجويني : **معناه** : أنه يعتق أيضاً إذا دخل بنفسه[4] ؛ نظراً إلى أنها تبعية تعليق لا تبعية عتق ، فلو قال : (في قول : يتبعها بدخولها ، وقيل : بدخوله). . لاسْتَقَام .

---

(١) الشرح الكبير (١٣/٤٣٨) .

(٢) الحاوي الكبير (٢٢/١٠٨) ، بحر المذهب (٨/٢٥٩) ، الأم (٩/٣٣٣) . وعبارة « بحر المذهب » : (وهذا أصح عندي) .

(٣) عبارة « عمدة المحتاج » (١٥/ ٥٣٤) وغيره : (كولد أم الولد) .

(٤) حكاه عنه الإمام « نهاية المطلب » (١٩/ ٣٣١) .

وَلاَ يَتْبَعُ مُدَبَّراً وَلَدُهُ ، وَجِنَايَتُهُ كَجِنَايَةِ قِنٍّ ، . . . .

وأفهم إطلاقه : أنه لا فرق بين ما يتحقق وجوده ؛ كطلوع الشمس ، أو لا ؛ كدخول الدار ، **وهو الأصح** .

وقيل : الخلاف في المحقق ، وإلا . . فلا يتبع قطعاً ؛ لشبهه بالتدبير .

والقولان في الولد الحادث علوقه بعد التعليق ، أما الموجود عند التعليق . . فيتبع الأم قطعاً ، ذكره في « الكفاية » ، وقال الرافعي في ولد المدبرة : أنه **أصح** الطريقين[١] .

قوله : (ولا يتبع مدبراً ولده) أي : قطعاً ؛ لأن الولد يتبع أمه في الرق والحرية ، لا أباه ، فكذا في سبب الحرية في أمة ليست ملكاً لسيد المدبر ، فأما إذا دبر السيد عبداً ملّكه أمة ـ وقلنا : يملك بالتمليك ـ وأتت بولد . . فهل يكون رقيقاً تبعاً لأمه ، أو يتعدى التدبير إليه تبعاً للأب ؟ وجهان حكاهما الرافعي آخر الباب عن ابن سريج[٢] .

ووجهُ التبعية : أن الأم إذا كانت ملكاً للواطىء . . كان الولد تبعاً لأبيه دون أمه ؛ كالحر إذا وطئ أمته واستولدها .

وهما مفرعان على أن ولد المدبرة الحادث يتبعها في التدبير .

قوله : (وجنايته) أي : المدبر ، وصرح به في « المحرر »[٣] (كجناية قن) أي : حتى يباع في الأرش ؛ لبقاء الرق فيه ؛ كما قبل التدبير ؛ لتمكن السيد فيه من البيع وغيره .

---

(١) كفاية النبيه (١٢/ ٢٩١) ، الشرح الكبير (١٣/ ٤٣٧) .

(٢) وفي (أ) و(ب) : (شريح) بدل (ابن سريج) ، والتصحيح من « الشرح الكبير » (١٣/ ٤٣٩) .

(٣) المحرر (٣/ ١٧٦٩) .

وَيَعْتِقُ بِالْمَوْتِ مِنَ الثُّلُثِ كُلُّهُ ، أَوْ بَعْضُهُ بَعْدَ الدَّيْنِ . . . .

فإن جنى بما يوجب القصاص ؛ فاقتص منه . . فات التدبير ، **أو بموجب** للمال ، أو عفي عن القصاص . . فللسيد أن يفديه وأن يسلمه ليباع في الجناية .

فإن فداه . . بقي التدبير ، وفي قدر الفداء القولان في القن .

وإن مات السيد قبل البيع واختيار الفداء . . **فأصح** الطريقين : أن حصول العتق على الخلاف في نفوذ عتق الجاني ؛ فإن نفذناه ـ **وهو المذهب** في الموسر ـ . أخذ الفداء من تركة السيد ، ويكون أقل الأمرين من القيمة والأرش بلا خلافٍ ؛ لتعذر تسليمه للبيع .

وسكت المصنف عن الجناية عليه ، وهي كالجناية على القن ، **فإن قُتِلَ** . . فللسيد القصاص أو القيمة ، ولا يلزمه أن يشتري بها عبداً يدبره ؛ لأن الحق في التدبير للميت وقد فات .

وإن جنى على طرفه . . فللسيد القصاص والأرش ويبقى التدبير بحاله .

قوله : (**ويعتق بالموت من الثلث كله أو بعضه بعد الدين**) يعني : أن عتق المدبر معتبر من الثلث بعد الديون ، روى الدارمي عن ابن عمر رضي الله عنهما : **المدبر من الثلث** ، وقال الدارقطني : روي مرفوعاً وموقوفاً[١] .

ولأنه تبرع يلزم بالموت ؛ فأشبه الوصية .

ولا فرق في اعتباره من الثلث بين أن يقع في الصحة أو في المرض ؛ كالوصية .

فلو كان على الميت دين مستغرق للتركة . . لم يعتق منه شيء ، وإن لم يكن

---

(١) مسند الدارمي (٣٥٨٧) ، وراجع « سنن الدارقطني » (ص : ٩٦٣) .

وَلَوْ عَلَّقَ عِتْقاً عَلَى صِفَةٍ تَخْتَصُّ بِالْمَرَضِ ؛ كَإِنْ دَخَلْتَ فِي مَرَضِ مَوْتِي فَأَنْتَ حُرٌّ . . عَتَقَ مِنَ الثُّلُثِ ، وَإِنِ احْتَمَلَتِ الصِّحَّةَ . . . .

دين ولا مال سواه . . عتق ثلثه ، وإن كان دين يستغرق نصفه . . بيع نصفه في الدين ويعتق ثلث الباقي منه .

وقد يَرِد على إطلاقه : ما لو استوعب الميت الثلث بتبرعات نجزها في مرض موته . . فإن المدبر لا يعتق .

وترد عليه صورة يعتق فيها من رأس المال وإن كان عليه دين ؛ كما إذا قال وهو لا يملك سواه : هو حر قبل مرض موتي بيوم وإن متُّ فجأة فقبل موتي بيوم ، فإذا مات بعد التعليقين بأكثر من يوم . . عتق من رأس المال ، حكاه الرافعي عن إبراهيم المروذي[١] .

قال الزركشي : وقد صرح به القضاة حسين والماوردي والروياني[٢] وغيرهم .

قوله : (**ولو علق عتقاً على صفة تختص بالمرض ؛ كإن دخلت في مرض موتي فأنت حر . . عتق من الثلث**) أي : بلا خلاف ؛ كما لو نجز عتقه حينئذ ، وكالوصية ؛ لأنه مضاف إلى الموت .

ولو قال : إن مرضت مرضاً مخوفاً فأنت حر ، فمرض مرضاً مات منه . . عتق من الثلث **على الصحيح** ، ولو مرض مرضاً مخوفاً وبرئ منه . . عتق من رأس المال ، **وقيل** : لا يعتق ، **وهو ضعيف** .

قوله : (**وإن احتملت الصحة**) أي : وإن احتمل وجود الصفة في الصحة

---

(١) الشرح الكبير (١٣/ ٤٢٨) .
(٢) الحاوي الكبير (٢٢/ ١١٠) ، بحر المذهب (٨/ ٢٥٤) .

فَوُجِدَتْ فِي الْمَرَضِ . . فَمِنْ رَأْسِ الْمَالِ فِي الأَظْهَرِ . وَلَوِ ادَّعَى عَبْدُهُ التَّدْبِيرَ فَأَنْكَرَ . . فَلَيْسَ بِرُجُوعٍ ، . . . .

والمرض (فوجدت في المرض . . فمن رأس المال في الأظهر) أي : اعتباراً بحال التعليق ؛ لأنه لم يكن متّهماً بإبطال حق الورثة .

والثاني : من الثلث اعتباراً بحال الصفة ؛ لأن الصفة حينئذ تحصل .

ومحل الخلاف : إذا وجدت الصفة بغير اختيار ؛ كنزول المطر ، فإن كان باختيار ؛ كدخول الدار فدخلها في مرضه . . اعتبر من الثلث جزماً ، قاله الرافعي تفقهاً ، قال الزركشي : وقد صرح به الماوردي[١] .

والخلاف : إذا كان الحق لثالث ؛ فإن كان لهما . . فالاعتبار بحالة التعليق .

ومنه : ما لو علقه بصفة ، وجدت بعد ما جن أو حجر عليه بالسفه . . فإنه يعتق قطعاً ؛ لأن حجر السفه والجنون ليس لحق أحدٍ ، بخلاف حجر الفلس والمرض ، فإنهما لحق الغير .

قوله : (ولو ادعى عبده التدبير فأنكر . . فليس برجوع) أي : إذا لم نجوز الرجوع بالقول ، وكذا إن جوزناه **على الأصح** ؛ كما أن جحود الردة لا تكون إسلاماً ، وجحود الطلاق لا يكون رجعة .

وجزم في « أصل الروضة » في (باب الدعاوي) : بأنه رجوع[٢] ، **والصواب** : الأول فقد حكاه ابن الصباغ والروياني عن النص .

وقال في « المهذب » و« التهذيب » و« البحر » : إنه المذهب[٣] .

---

(١) الشرح الكبير (١٣/ ٤٣٠) ، الحاوي الكبير (٢٢/ ١٠٢) .

(٢) روضة الطالبين (٨/ ٢٩٧) .

(٣) المهذب (٤/ ٢٩) ، التهذيب (٨/ ٤١٤) ، بحر المذهب (٨/ ٢٥٥) .

بَلْ يُحَلَّفُ . وَلَوْ وُجِدَ مَعَ مُدَبَّرٍ مَالٌ فَقَالَ : كَسَبْتُهُ بَعْدَ مَوْتِ السَّيِّد ، وَقَالَ الْوَارِثُ : قَبْلَهُ . . صُدِّقَ الْمُدَبَّرُ بِيَمِينِهِ ، . . . .

وكلام المصنف صريح في سماع دعوى العبد التدبير على سيده ، وفي « الروضة » : إنه المذهب ؛ لأنه حق ثابت في الحال يجوز تعلق الدعوى به[1] .

قال الزركشي : وهذا إذا قلنا : صريح الرجوع لا يؤثر ، أو قلنا يؤثر ، وإنكاره ليس برجوع ، أما إذا قلنا : إنه رجوع . . فحكى الإمام هنا عن الأئمة : أن الدعوى لا تسمع ؛ إذ لا فائدة لها ، وأشار إلى احتمال فيه[2] .

قوله : (بل يحلف) أي : السيد أنه ما دبره ؛ لاحتمال أن يقر ، هذا إن جعلناه تعليق عتق ، وللعبد إقامة البينة ، ولو نكل . . حلف وثبت تدبيره .

فإن قلنا : وصية . . انبنى على أن إنكار السيد رجوع أم لا ؟ وعلى القول بأنه رجوع : ليس للعبد إقامة البينة ولا تحليفه ، وعلى نفيه : له ذلك .

ومقتضى كلامه : تعين اليمين ، وليس كذلك ، بل له أن يسقط اليمين عن نفسه ؛ بأن يقول : إن كنت دبرته . . فقد رجعت ، إذا جوزنا الرجوع لفظاً ، وكذا لو قامت به بينة وحكم بها حاكم .

ولا يثبت التدبير إلا بشهادة رجلين ؛ لأنه ليس بمالٍ ، ويثبت الرجوع برجل وامرأتين وبشاهدٍ ويمين ؛ لأنه مال .

قوله : (ولو وجد مع مدبر مال فقال : كسبته بعد موت السيد ، وقال الوارث : قبله . . صدق المدبر بيمينه) لأن اليد له ؛ فيرجح ، ولأن الأصل

---

(١) روضة الطالبين (٨/ ٤٥٥) .

(٢) نهاية المطلب (١٩/ ٣٢٣) .

فَإِنْ أَقَامَا بَيِّنَتَيْنِ . . قُدِّمَتْ بَيِّنَتُهُ .

عدم كسبه إلا في الوقت الذي وجد فيه ، وقد وجد بعد العتق .

وهذا بخلاف ولد المدبرة إذا قالت : ولدته بعد موت السيد . . فإن القول قول الوارث ، خلافاً للشاشي في « الحلية » ؛ لأنها لمّا ادعت حريته . . نفت أن يكون لها يد عليه ، وإنما سمعت دعواها لمصلحة الولد .

وكذا لو كانت قنة . . سمعت دعواها ، كما قاله البغوي[١] .

قوله : (فإن أقاما[٢] بينتين . . قدمت بينته) أي : المدبر على المنصوص في « الأم » ؛ لاعتضادها باليد .

ولو أقام الوارث بينة : أن هذا المال كان في يد المدبر في حياة السيد ؛ فقال المدبر : كان في يدي لفلان فملكته بعد موت السيد . . صدق المدبر أيضاً ، نص عليه[٣] .

فرع : قول المدبر في حياة السيد وبعد موته : رددت التدبير . . لغو لا يقدح فيه .

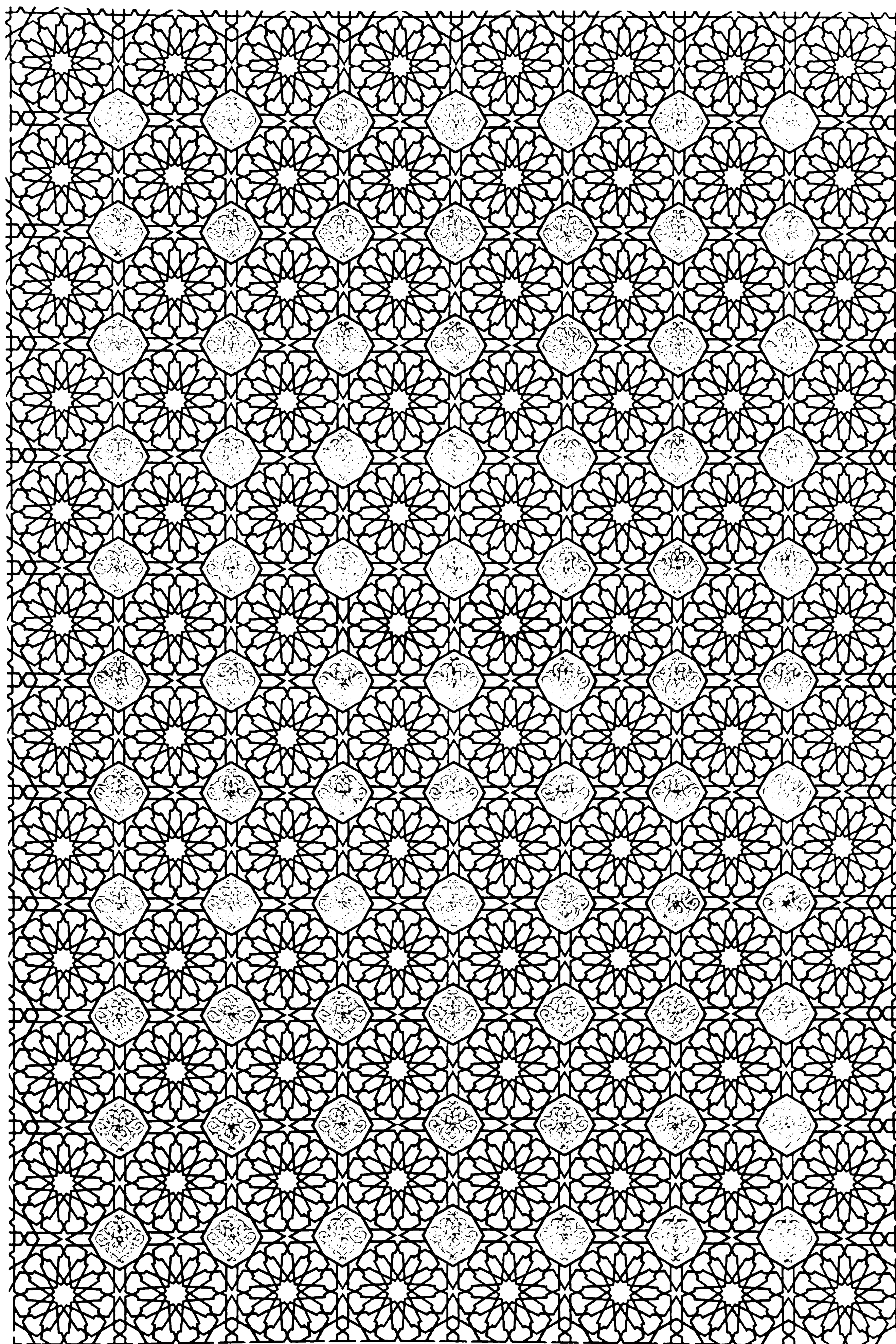
وبالله الكريم العزيز التوفيق .

* * *

---

(١) التهذيب (٨/ ٤١٧) .
(٢) وفي « المنهاج » المطبوع : (وإن أقاما) .
(٣) الأم (٩/ ٣٢٨ـ ٣٢٩) .

كتاب الكتابة



كِتَابُ الْكِتَابَةِ

هِيَ مُسْتَحَبَّةٌ إِنْ طَلَبَهَا رَقِيقٌ أَمِينٌ قَوِيٌّ عَلَى كَسْبٍ ، . . . .

(كتاب الكتابة)

أصلها : من **الكتب** بمعنى : الجمع والضم .

سمي العقد بها من جمع النجوم وضم بعضها إلى بعض[١] .

قال الروياني : **الكتابة** إسلامية[٢] ، لا تعرف في الجاهلية .

وهي في الشرع : عتق معلق على مال منجم إلى وقتين معلومين فأكثر .

والأصل فيها : قوله تعالى : ﴿فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾ [النور : ٣٣] نزلت في صُبيح بضم الصاد مولى حويطب بن عبد العزى ، جد محمد بن إسحاق من قبل أمه[٣] .

وقوله صلى الله عليه وسلم : « **مَنْ أَعَانَ مُجَاهِداً فِي سَبِيلِ اللهِ أَوْ غَارِماً فِي غُرْمِهِ أَوْ مُكَاتَباً فِي رَقَبَتِهِ . أَظَلَّهُ اللهُ يَوْمَ لاَ ظِلَّ إِلاَّ ظِلَّهُ** » . رواه الحاكم وغيره[٤] .

قوله : (**هي مستحبة إن طلبها رقيق أمين قوي على كسب**) احتج الشافعي على الاستحباب عند اجتماع الأمانة والقوة بقوله تعالى : ﴿إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾

---

(١) وعبارة « أسنى المطالب » (٩/ ٥٦٧) : (سمي كتابة ؛ لما فيه من ضم نجم إلى نجم) .

(٢) راجع « بحر المذهب » (٨/ ٢٧٠) .

(٣) راجع « فتح الباري » (٥/ ٤٩٥) .

(٤) المستدرك (٢/ ٩٠) ، وأخرجه البيهقي في « الكبير » (٢١٦٤٧) ، وأحمد (١٦٢٣٣) عن سهل بن حنيف رضي الله عنه .

قِيلَ : أَوْ غَيْرُ قَوِيٍّ ، . . . .

لأن المقصود بالكتابة لا يحصل إلا باجتماعهما[١] ، وفسره ابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم : بالقدرة على الكسب[٢] .

والأول أعم ؛ لإطلاق **الخير** على المال ؛ كما قال تعالى : ﴿ وَإِنَّهُۥ لِحُبِّ ٱلْخَيْرِ لَشَدِيدٌ ﴾[٣] [العاديات : ٨] .

وفي قول : إنها واجبة في هذه الحالة ؛ لظاهر الآية[٤] .

وحكى ابن الصباغ عن الشافعي : أنها تدل على عدم الوجوب ؛ لأنه أمر ورد بعد الحظر للإباحة[٥] ، لكن حملناها على الندب بدليل آخر .

وموضع الخلاف في الوجوب : إذا طلب[٦] نفسه بثمن مثله ، فإن طلب بأقل من ذلك . . قال ابن أبي هريرة : لا نعلم خلافاً في أنه لا تجب كتابته .

قوله : (قيل : أو غير قوي) أي : إذا كان أميناً غير قوي . . فوجهان ؛ **أحدهما** : يستحب أيضاً ؛ لأنه يعان من الصدقات ، **والأصح** : المنع ؛ لعدم الوثوق بذلك .

وكلامه يقتضي : القطع بعدم الاستحباب إذا كان قوياً غير أمين ، وليس

---

(١) الأم (٩/ ٣٤٣ـ ٣٤٤) .

(٢) أخرجه البيهقي في « السنن الكبير » في (كتاب المكاتب) في (باب : ما يجوز كتابته من الممالك) (٢١/ ٤٤٤) فراجع .

(٣) وعبارة « عمدة المحتاج » (١٥/ ٥٤٨) ، و« النجم الوهاج » (١٠/ ٥٣١) : (فإن الخير ورد بمعنى المال في قوله : ﴿ وَإِنَّهُۥ لِحُبِّ ٱلْخَيْرِ لَشَدِيدٌ ﴾ [العاديات : ٨] ، وبمعنى العمل في قوله : ﴿ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَهُۥ ﴾ [الزلزلة : ٧] فحمل هنا عليهما ؛ لجواز إرادتهما ولتوقف المقصود عليهما) .

(٤) أي : في قوله تعالى : ﴿ فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا ﴾ [النور : ٣٣] .

(٥) الأم (٩/ ٣٤٥ـ ٣٤٤) .

(٦) أي : العبد . راجع « عمدة المحتاج » (١٥/ ٥٤٨) .

وَلاَ تُكْرَهُ بِحَالٍ ، وَصِيغَتُهَا : كَاتَبْتُكَ عَلَى كَذَا مُنَجَّماً إِذَا أَدَّيْتَهُ . . فَأَنْتَ حُرٌّ ، وَيُبَيِّنُ عَدَدَ النُّجُومِ وَقِسْطَ كُلِّ نَجْمٍ .

كذلك ، بل فيه وجه .

قوله : (**ولا تكره بحال**) أي : وإن انتفى الوصفان .

وادعى في « الكفاية » : أنه لا خلاف فيه ؛ لأنها قد تفضي إلى العتق ، لكن حكى الرافعي عن ابن القطان الكراهة[١] .

وقال البلقيني : إذا كان فاسقاً يضيع ما يكسبه في الفسق ، واستيلاء السيد عليه يمنعه من ذلك . . تكره كتابته .

وفي « تفسير ابن القشيري »[٢] : وكره الأولون كتابة العبد إذا لم تكن له حرفة وإنما يعول على سؤال الناس .

قوله : (**وصيغتها**) أي : في جانب السيد (**كاتبتك على كذا منجماً إذا أديته . . فأنت حر**) لأن لفظ الكتابة يصلح لهذا وللمخارجة ؛ فلا بد من تعيينها .

وهذا بالنسبة للناطق ، أما الأخرس . . فتكفي إشارته المفهمة بذلك .

وقال الزركشي : **قضيته** : أنه لا يصح إلا بصيغة : (كاتبتك) ، وأنه لا صريح لها إلا ذلك بالضميمة السابقة ، وينبغي انعقادها بالكناية كالبيع ؛ كقوله : عاوضتك كذا وعاقدتك فإذا أديت فأنت حر ، ونحوه .

قوله : (**ويبين عدد النجوم وقسط كل نجم**) لأنه عقد معاوضة ، فاشترط فيه معرفة العوض ؛ كالبيع .

---

(١) كفاية النبيه (١٢/ ٣٦٥) ، الشرح الكبير (١٣/ ٤٤٢) .

(٢) وهو أبو نصر عبد الرحيم ابن الإمام القشيري المشهور صاحب « الرسالة القشيرية » .

وَلَوْ تَرَكَ لَفْظَ التَّعْلِيقِ وَنَوَاهُ. . جَازَ ، وَلاَ يَكْفِي لَفْظُ كِتَابَةٍ بِلاَ تَعْلِيقٍ ، وَلاَ نِيَّةٍ عَلَى الْمَذْهَبِ ، وَيَقُولُ الْمُكَاتَبُ : قَبِلْتُ ، . . . .

وأفهم اقتصاره على ذلك : أنه لا يشترط تسوية النجوم .

وقيل : يصح الإطلاق ويحمل على التسوية ، حكاه الماوردي ، وأنه لا يشترط تعيين ابتداء النجوم ، بل يكفي الإطلاق ويكون ابتداؤها من حين العقد **وهو الصحيح** ؛ كما قاله الماوردي[1] .

قوله : (**ولو ترك لفظ التعليق ونواه . . جاز**) أي : بلا خلاف ، ووقع في « تصحيح التنبيه » : حكاية الخلاف ، وليس كذلك .

ومراده بـ(التعليق) : تعليق الحرية على الأداء .

وهذا في الكتابة الصحيحة ، أما الفاسدة . . فلا بد من التصريح بقوله : فإذا أديت فأنت حر ؛ كما قاله القاضي حسين وغيره ؛ لأن التعليق فيها يغلب والصفات لا تحصل بالنية .

قوله : (**ولا يكفي لفظ كتابة بلا تعليق ، ولا نية على المذهب**) أي : إذا لم يصرح بالتعليق ولا نواه . . لم يصح ولم يحصل العتق **على المنصوص** ؛ لأن الكتابة تطلق على هذا العقد وعلى المخارجة ، فلا بد من تميزه باللفظ أو النية .

وفيه قول مخرج من التدبير .

قوله : (**ويقول المكاتب : قبلت**) أي : لينتظم العقد بالإيجاب والقبول.

وشرط القبول : الفور ؛ كالبيع ، وعبارة « المحرر » : وقبول العبد[2] ،

---

(١) الحاوي الكبير (١٨/ ١٥٢) دار الكتب العلمية .

(٢) المحرر (٣/ ١١٧٤) وعبارته : (ويقول العبد) ، وراجع « تحرير الفتاوي » (٣/ ٨٢٣) .

. . . .

وهي أحسن ؛ لأنه إنما يصير مكاتباً بعد القبول .

وشرطه : أن يقبل بنفسه ، فلو قبل الكتابة من السيد أجنبي على أن يؤدي عن العبد كذا في نجمين ؛ فإذا أداهما عتق . . لم يصح **في الأصح** من « زوائده »[١] .

وعلى هذا : يجب أن يكون القبول من العبد ، لكن إذا أدى الأجنبي . . عتق بالصفة .

فرع : الإعتاق على عوض وبيع العبد نفسه يُشَارِكَان الكتابة في أن كل واحدٍ منهما يتضمن إعتاقاً[٢] بعوض ، ويفارقانها في الشروط والأحكام ، فلو قال : أنت حر على ألف ، فقبل . . عتق في الحال وثبت الألف في ذمته .

ولو قال : إن أعطيتني ألفاً ، أو : أديت لي ألفاً فأنت حر . . فلا يمكنه الإعطاء مما بيده ؛ لأنه لا يملك ، فلو أعطاه من مال غيره . . **فالأصح** : أنه لا يعتق ، **وقيل** : يعتق .

وهل هو كتابة فاسدة أو تعليق محض ؟ وجهان ، **فعلى الأول** : يرد السيد ما أخذ ويرجع على العبد بقيمته ويتبعه كسبه والأولاد الحاصلة بعد التعليق ، **وعلى الثاني** : لا يرجع عليه بالقيمة **على الأصح** ولا يتبعه الكسب والولد .

تنبيه : قال الزركشي : **وقضية تعبيره** : أنه لا يصح بالاستيجاب والإيجاب ، وذكر الرافعي في (باب النكاح) عن الشيخ أبي محمد فيه طريقين ؛ **أحدهما** : القطع بالانعقاد ؛ كالخلع والعتاق ، **والثاني** : فيه خلاف

---

(١) روضة الطالبين (٨/ ٤٧٩ـ ٤٨٠) .

(٢) وفي (أ) : (إعتاقه) .

وَشَرْطُهُمَا : تَكْلِيفٌ وَإِطْلَاقٌ .

النكاح ؛ لتردد الكتابة بين الإعتاق والمعاوضات ، **ومقتضى كلام « الروضة »** : ترجيح الأول[(١)] . انتهى .

وفي « الروضة » هنا : لو قال لعبده : بعتك نفسك بكذا ، فقال : اشتريت ، أو قال العبد : بعني نفسي بكذا ، فقال : بعتك . . صح البيع وثبت المال في ذمته وعتق في الحال ؛ كما لو أعتقه على مالٍ ، وفي **قول ضعيف** : أنه لا يصح ، ومنهم من نفاه ، **فعلى المذهب** : للسيد الولاء ؛ كما لو أعتقه على مال ، **وفيه وجه**[(٢)] .

قوله : (**وشرطهما : تكليف**) أي : فلا تصح كتابة الصبي والمجنون ؛ لأنها عقد تبرع ناجز ، فاعتبر التكليف فيه كالهبة .

واحتج الشافعي له في العبد بقوله تعالى : ﴿ وَٱلَّذِينَ يَبْتَغُونَ ٱلْكِتَٰبَ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ ﴾ [النور : ٣٣] وإنما يتحقق **الابتغاء** من البالغ العاقل المستقل بالكسب ، فلو كان مميزاً فقال : إذا أديت فأنت حر ، فوجدت الصفة . . عتق ، قال الإمام : وفي النفس منه شيء[(٣)] .

والأصح : أنه يعتق بمجرد الصفة ؛ فإن العقد مع غير المكلف كلا عقد .

قوله : (**وإطلاق**) أي : فلا تصح كتابة المحجور عليه بسفه ؛ كبيعه ، وكذا بفلس على النص في « الأم »[(٤)] .

وكذا لا تصح مكاتبة المكاتب عبده وإن أذن له سيده .

---

(١) الشرح الكبير (٧/ ٤٩٧) ، روضة الطالبين (٥/ ٣٨٤) .
(٢) روضة الطالبين (٨/ ٤٦٧) .
(٣) الأم (٩/ ٣٤٥) ، نهاية المطلب (١٩/ ٣٤١) .
(٤) الأم (٩/ ٣٤٦) .

وَكِتَابَةُ الْمَرِيضِ مِنَ الثُّلُثِ ، فَإِنْ كَانَ لَهُ مِثْلاَهُ . . . .

وإطلاق التصرف يغني عن ذكر التكليف ، لكن يَرِد عليه الولي ، فإنه مطلق التصرف في مال محجوره ، ولا يصح[1] أن يكاتب عبده .

ويشترط : الاختيار في العاقدين ، فإن أكرها أو أحدهما . . فالكتابة باطلة ، وأن يكون السيد بصيراً ، بخلاف العبد ، ذكره في « الإبانة » .

ودخل في الإطلاق : اشتراط ملك الرقبة .

وإطلاقه يفهم : اعتبار إطلاق التصرف في السيد والعبد ، وإنما ذكره « المحرر » في السيد خاصة ، ونص الشافعي والأصحاب على اعتبار البلوغ والعقل في العبد لا غير[2] ، وهي تقتضي صحة كتابة العبد السفيه .

قال الزركشي : **وهو ظاهر** ؛ لأن الأداء لا ينحصر في الكسب ، فقد يؤخذ من الزكاة وغيرها[3] .

قال : وقد يجري كلام المصنف على إطلاقه ويحترز به عن : المأذون له في التجارة إذا ركبته الديون وحجر عليه الحاكم في أكسابه ؛ ليصرفها في ديونه . . فلا تصح كتابته .

وقيد صاحب « التنبيه » و« التحرير » جواز إذن السيد في التجارة بما إذا كان العبد رشيداً[4] .

قوله : (**وكتابة المريض**) أي : مرض الموت (**من الثلث**) أي : تعتبر قيمة العبد من الثلث وإن كاتبه على أكثر منها (**فإن كان له مثلاه**) أي : عند

---

(١) وعبارة « تحرير الفتاوي » (٣/ ٨٢٣) : (مع أنه لا يصح . . .) إلخ .
(٢) المحرر (٣/ ١٧٧٤) ، الأم (٩/ ٣٤٥) .
(٣) وعبارة « مغني المحتاج » (٦/ ٤٨٥) : (فقد يؤدي من الزكاة وغيرها) .
(٤) التنبيه (ص : ٨٢) ، تحرير الفتاوي (١/ ٨٠٠) .

صَحَّتْ كِتَابَةُ كُلِّهِ ، فَإِنْ لَمْ يَمْلِكْ غَيْرَهُ وَأَدَّى فِي حَيَاتِهِ مِئَتَيْنِ وَقِيمَتُهُ مِئَةٌ . . عَتَقَ ، وَإِنْ أَدَّى مِئَةً . . عَتَقَ ثُلُثَاهُ . وَلَوْ كَاتَبَ مُرْتَدٌّ . . بُنِيَ عَلَى أَقْوَالِ مِلْكِهِ ، فَإِنْ وَقَفْنَاهُ . . بَطَلَتْ عَلَى الْجَدِيدِ .

الموت (. . **صحت كتابة كله**) لخروجه من الثلث .

قوله : (**فإن لم يملك غيره وأدى في حياته مئتين**) أي : وكان كاتبه عليهما (**وقيمته مئة . . عتق** ، **وإن أدى مئة . . عتق ثلثاه**) يعني : إن كانت على مثلي قيمته . . عتق كله ، أو على مثلها . . عتق ثلثاه ، فإنه إذا أخذ مئة وقيمته مئة . . فالجملة مئتان ، فينفذ التبرع في ثلث المئتين ، وهو ثلثا المئة .

واحترز بقوله : (**وأدى**) : عما إذا لم يؤد منها شيئاً حتى مات السيد ولم يُجز الورثة ما زاد على الثلث . . فإن الكتابة تبقى في ثلثه ، فإذا أدى حصته من النجوم . . عتق ، فإن أجاز الورثة الكتابة . . صحت في الجميع .

فإذا عتق بالأداء . . فولاء الجميع للمورث إن قلنا : إجازتهم تنفذ ، وإلا . . فولاء الثلث للمورث ، والثلثين لهم .

قوله : (**ولو كاتب مرتد . . بني على أقوال ملكه ، فإن وقفناه . . بطلت على الجديد**) أي : القائل بإبطال وقف العقود .

وعلى القديم : لا تبطل بل توقف ؛ فإن أسلم السيد . . تبينا صحتها ، وإلا . . بطلانها .

وسكت عن التفريع على القولين الآخرين ؛ لوضوحه ، فإنا إن قلنا : ببقاء ملكه . . صحت ، أو بزواله . . بطلت .

وإنما ذكر قول الوقف بناء على اختياره أنه **الأصح** ، لكن سبق أن **المذهب** : زوال ملكه بنفس الردة[1] .

---

(١) راجعها في آخر (كتاب الردة) كما أشار إليه في « النجم الوهاج » (١٠/٥٣٦) .

وَلاَ تَصِحُّ كِتَابَةُ مَرْهُونٍ وَمُكْرًى ، . . . .

وموضع الخلاف **على الأصح** : ما إذا لم يحجر الحاكم عليه وقلنا : **لا يحصل الحجر بنفس الردة** ، فأما في حال الحجر . . فلا تصح الكتابة بلا خلاف ، **وقيل** : لا فرق .

وهذا بالنسبة للسيد ، أما العبد المرتد . . فتصح كتابته على النص ، وقطع به الأصحاب قياساً على بيعه ، لكن سبق فيه وجه[١] ، وينبغي مجيئه هنا .

ثم إن أدى النجوم من كسبه أو تبرع عنه . . عتق ، وإن لم يؤدها وأسلم . . بقي مكاتباً .

واعلم : أنه لا يشترط لصحة الكتابة إسلام السيد ، بل تصح كتابة الكافر ؛ كإعتاقه .

قوله : (**ولا تصح كتابة مرهون**) أي : كتابة لازمة بالقبض بغير إذن المرتهن ؛ لأنه بالرهن يعرض للبيع ، والكتابة تمنع منه .

وفي معنى المرهون : الجاني جناية توجب مالاً متعلقاً برقبته ، فلو أوجبت قصاصاً فكاتبه ثم عفا المستحق على مال . . بطلت الكتابة ، قاله في « التحرير »[٢] .

قوله : (**ومكرى**) لأن منافعه مستحقة للمستأجر نص عليه في « الأم » و« البويطي » وعليه الأكثرون ، وقطع به الرافعي ، وقال في (باب الإجارة) : قطع ابن القطان بالصحة ؛ لأنه قد يملك مالاً بسبب آخر غير الكسب ، زاد في « الروضة » : المنع أقوى ، **والأصح** في (باب الوصية) من الرافعي : منع

---

(١) أي : في آخر (كتاب الردة) .

(٢) تحرير الفتاوي (٣/ ٨٢٤) .

وَشَرْطُ الْعِوَضِ : كَوْنُهُ دَيْناً مُؤَجَّلاً ، ....

كتابة العبد الموصى بمنفعته بعد موت الموصي[١] .

وفي « البيان » : أنه لا يجوز كتابة المغصوب ؛ لأنها تقتضي التمكن من التصرف[٢] .

قال الزركشي : ولعل ذلك حيث لا يتأتى له التصرف في يد الغاصب ؛ ولهذا قال غيره : إن أمكن التصرف في يد الغاصب . . كان كبيع المغصوب من القادر عليه .

قوله : (وشرط العوض : كونه ديناً) أي : نقداً كان أو عرضاً ، **ويشترط كون العرض** موصوفاً بصفات السلم ، وأن يكون عام الوجود عند المحِل لا يعسر على العبد تحصيله ، فلو كاتبه على ما يندر . . فوجهان للقاضي حسين ؛ بناء على الوجهين فيما إذا كاتبه على مال عظيم في نجمين قصيرين .

وقضية البناء : الصحة ، وإطلاق المصنف يقتضيه .

فإن جوزناه فانقطع . . لم يصح العقد ، وإلا . . فكالسلم .

قوله : (مؤجلاً) أي : فلا يصح بالحال ؛ اتباعاً لفعل الصحابة رضي الله عنهم[٣] ، فإن الكتابة عقد خالف القياس في وضعه فاتبع فيه سنن السلف ، ولم يعقدها أحد منهم حالة ، ولو جاز . . لم يتفقوا على تركه مع اختلاف الأغراض خصوصاً وفيه تعجيل عتقه .

وهذا أولى من التعليل بتحصيل القدرة على الأداء ، قاله الزركشي .

(١) الأم (٩/٣٦٩) ، مختصر البويطي (ص : ١١٢٤) ، الشرح الكبير (١٣/ ٤٧٠) ، (٦/١٨١) ، (٧/ ١١٣) ، روضة الطالبين (٤/ ٣٢١) .

(٢) البيان (٥/ ٧٩) .

(٣) راجع « السنن الكبير » (٢١/ ٤٩١) .

وَلَوْ مَنْفَعَةً ، وَمُنَجَّماً بِنَجْمَيْنِ فَأَكْثَرَ ، . . . .

وعند أبي حنيفة ومالك : تجوز كتابة الحال ، قال الروياني في « الحلية » : **وهو الاختيار** .

ويشترط بيان ما يؤدي عند حلول كل نجم ، فإن كانت على نقد . . كفى الإطلاق إن كان في البلد نقد منفرد أو غالب ، وإلا . . فيشترط التبيين .

ولا يشترط تساوي الآجال ولا الأقدار المؤداة في آخر الآجال .

قوله : (**ولو منفعة**) أي : كبناء دار ، أو خياطة ثوب ، أو خدمة شهر معين ؛ كما يجوز أن يجعل المنافع أجرة .

وكلامه يقتضي : اشتراط تأجيلها ؛ كالدين ، وليس كذلك ، بل إن كانت منفعة عين . . امتنع فيها التأجيل واشترط اتصالها بالعقد ، وإن كانت ملتزمة في الذمة . . جاز فيها التأجيل .

فلو كاتبه على خدمة شهر ودينار عند انقضاء الشهر . . صح ، والمنفعة هنا حالة ؛ لأن التأجيل شرط تحصيل القدرة ، وهو قادر على الاشتغال بالخدمة في الحال .

ويقتضي : الاكتفاء بالمنفعة وحدها ، والمنقول : أنه إن كانت منفعة عين حالة نحو : كاتبتك على أن تخدمني شهراً ، أو : تخيط فيه بنفسك . . فلا بد معها من دينار مثلاً ؛ لأن التنجيم شرط ، فلم يجز أن يكون العوض منفعة عين فقط .

ولو قدّر أن يكون كل عشرة أيام نجماً ، أو صرح به . . لم يجز **في الأصح** .

قوله : (**ومنجماً بنجمين فأكثر**) لأنه المأثور من فعل الصحابة رضي الله

وَقِيلَ : إِنْ مَلَكَ بَعْضَهُ وَبَاقِيهِ حُرٌّ . . لَمْ يُشْتَرَطْ أَجَلٌ وَتَنْجِيمٌ .

وَلَوْ كَاتَبَ عَلَى خِدْمَةِ شَهْرٍ وَدِينَارٍ عِنْدَ انْقِضَائِهِ . . صَحَّتْ ، . . . .

عنهم[١] ، ولو جاز أقل من ذلك . . لفعلوه ؛ تعجيلاً للقربة .

وذكر ابن أبي هريرة في « تعليقه » حديث : (**الكتابة على نجمين**)[٢] ، وهو لا يعرف .

ولأنها إرفاق ، فوجب التنجيم فيها كالدية .

والنجم : هو القدر المؤدى عند كل محل .

وعند أبي حنيفة ومالك : تجوز على نجمٍ واحدٍ ، وقال في « شرح مسلم » : إنه قول جمهور أهل العلم ، ومال إليه ابن عبد السلام ؛ لأنه أقرب إلى تحصيل المقصود من العقد[٣] .

قوله : (**وقيل : إن ملك بعضه وباقيه حر . . لم يشترط أجل وتنجيم**) أشار إلى أن من بعضه حر إذا كاتبه مالك بعضه بدين حال . . لم يصح **على الأصح** .

وقيل : يصح ؛ لأنه قد يملك ببعضه الحر ما يؤديه ؛ فلا يتحقق عجزه ؛ ولهذا يصح البيع لمعسر ؛ لأن الحرية مظنة الملك .

وفي اشتراط التنجيم وجهان ؛ كالتأجيل ، ورجح البلقيني : ما في الكتاب .

قوله : (**ولو كاتب على خدمة شهر**) أي : من الآن (**ودينار عند انقضائه . . صحت**) أي : **على الأصح** ؛ لأن المنفعة مستحقة في الحال ، والمدة لتقديرها ، والدينار إنما يجب عند انقضاء الشهر ، وإذا اختلف

---

(١) أخرجه البيهقي في « الكبير » (٢١٦٤٩) عن عثمان بن عفان رضي الله عنه .

(٢) راجع « التلخيص الحبير » (٤/ ٥١٧) .

(٣) شرح صحيح مسلم (٥/ ٣٨٣) ، القواعد الكبرى (٢/ ٣١٨) .

أَوْ عَلَى أَنْ يَبِيعَهُ كَذَا . . فَسَدَتْ ، . . . .

لاستحقاق . . حصل التنجيم .

وفي وجه ، **أو قول** : لا يصح ؛ لأن اتصال أحد النجمين بالآخر يجعلهما نجماً واحداً .

ومحل الصحة : أن يقدم نجم العمل ؛ كما عبر به المصنف ؛ لأنه قادر على العمل عاجز عن المال ، فلو قدم نجم المال . . لم يصح .

وإنما قال : **(عند انقضائه) ليفهم** أنه لو قال : بعد انقضائه بيوم ، أو يومين مثلاً . . صح من طريق أولى ، ولهذا لم يختلفوا فيه .

ولو كاتبه على خدمة شهر ودينار في أثناء الشهر . . **فالأصح** : أنه على الخلاف ، فيصح **في الأصح** ، وهو ظاهر نص « الأم » .

وقضية إطلاقه الخدمة : أنه لا يشترط بيان عملها ، ونقله الرافعي والنووي عن ابن الصباغ ، وأن البغوي شرطه ، ونقلا في (كتاب الإجارة) عن النص ما يوافق البغوي ، وأنه تبطل إذا أطلق ، ثم قال[١] : **والمذهب** : الجواز ، ويلزم ما جرت العادة به[٢] . وعبارة ابن الصباغ : وتلزم خدمة مثله .

قوله : **(أو على أن يبيعه كذا . . فسدت)** لأنه من قبيل إدخال بيعتين في بيعة .

وعبارة « الروضة » : إذا شرط أن يشتري أحدهما من الآخر . . فسدت[٣] .

---

(١) أي : في « الروضة » .

(٢) الشرح الكبير (١٣/ ٤٥١) ، (٦/ ١٨٩) ، روضة الطالبين (٨/ ٤٧٠) ، (٤/ ٣٢٧) ، التهذيب (٨/ ٤٢١) .

(٣) روضة الطالبين (٨/ ٤٧٢) .

وَلَوْ قَالَ : كَاتَبْتُكَ وَبِعْتُكَ هَذَا الثَّوْبَ بِأَلْفٍ ، وَنَجَّمَ الأَلْفَ وَعَلَّقَ الْحُرِّيَّةَ بِأَدَائِهِ . . فَالْمَذْهَبُ : صِحَّةُ الْكِتَابَةِ دُونَ الْبَيْعِ .

قوله : (**ولو قال : كاتبتك وبعتك هذا الثوب بألف ، ونجم الألف**) بأن قال : كاتبتك وبعتك الثوب بألف درهم إلى شهرين تؤدي منهما خمس مئة عند انفصال الأول والباقي عند انفصال[١] الثاني (**وعلق الحرية بأدائه**) أي : بقوله : فإذا أديت فأنت حر ، وقبل العبد العقدين إما معاً كقبلتهما ، أو مرتباً ؛ كقبلت الكتابة والبيع ، أو البيع والكتابة (. . **فالمذهب : صحة الكتابة دون البيع**) أما بطلان البيع . . فلتقدم أحد شقيه على أهلية العبد لمبايعة السيد ، وإذا بطل البيع . . ففي الكتابة قولا تفريق الصفقة ، **والأظهر** : الصحة .

وعلى هذا : **ففي قول** : يصح بالجميع ، **والأظهر** : بالقسط ؛ فيوزع الثمن على قيمة العبد والثوب ؛ فما خص العبد . . لزمه في النجمين ، فإذا أداه . . عتق .

وإن قلنا بفسادها . . لم يعتق حتى يؤدي الجميع ثم يتراجعان .

والطريق الثاني : أن فيه قولي الجمع بين مختلفي الحكم ، **ففي قول** : يصحان ، **وفي قول** : يبطلان .

وكان الأولى أن يقول : (فالمذهب : بطلان البيع ، والأظهر : صحة الكتابة) .

ومحل الخلاف : ما إذا أوقعه دفعة ، فلو قال : كاتبتك في نجمين وبعتك الثوب بألف . . صحت الكتابة قطعاً ؛ لتعدد الصفقة بتفصيل الثمن .

وقال الماوردي : إن قدم البيع في العقد على لفظ الكتابة . . بطل ، وإن

---

(١) وفي (أ) هنا : (انقضاء) ، وفي بعض الشروح في كلا الموضعين : (انقضاء) .

وَلَوْ كَاتَبَ عَبِيداً عَلَى عِوَضٍ مُنَجَّمٍ وَعَلَّقَ عِتْقَهُمْ بِأَدَائِهِ . . فَالنَّصُّ : صِحَّتُهَا ، وَيُوَزَّعُ عَلَى قِيمَتِهِمْ يَوْمَ الْكِتَابَةِ ؛ . . . .

أخره وكان العبد قد بدأ بطلب الكتابة قبل إجابة السيد . . صح البيع إذا قبله العبد ، وإن لم يكن العبد ابتدأَ . . بطلب الكتابة وابتدأ السيد بتركها . . بطل البيع[١] .

قوله : (**ولو كاتب عبيداً**) أي : صفقة واحدة (**على عوض منجم**) أي : فقال : كاتبتكم على ألف إلى وقتي كذا وكذا (**وعلق عتقهم بأدائه . . فالنص : صحتها**) أي : يعتق كل واحدٍ بأداء حصته ؛ لأن مالك العوض واحد والصادر منه لفظ واحد ، فصار كما لو باع عبدين من واحدٍ .

وفي قولٍ مخرج : لا يصح ؛ كما لو اشترى عبيد جمع بثمن واحدٍ . . فإن النص فيه : البطلان ، ونص في « البويطي » هنا على صحة الكتابة وبطلان البيع[٢] .

وكان ينبغي أن يقول : (كاتب عبدين فصاعداً) لأن الاثنين كذلك ، وأن يقول : (بعوض واحد) فلو تعدد . . صح بلا خلاف .

قوله : (**ويوزع**) أي : الثمن المسمى (**على قيمتهم يوم الكتابة**) أي : **على الأصح** ، فإذا كانت قيمة أحدهم مئة ، والآخر مئتين ، والآخر ثلاث مئة . . **فعلى الأول** : سدس المئة[٣] ، **وعلى الثاني** : ثلثها ، **وعلى الثالث** : نصفها .

---

(١) الحاوي الكبير (١٨/ ١٥٧) دار الكتب العلمية .
(٢) الأم (٩/ ٣٧٧) ، مختصر البويطي (ص : ١١٢٤) .
(٣) كذا في (أ) و(ب) ، وفي بعض الشروح : (سدس المسمى) ، وفي « النجم الوهاج » (١/ ٥٤١) : (سدس الكتابة) .

فَمَنْ أَدَّى حِصَّتَهُ . . عَتَقَ ، وَمَنْ عَجَزَ . . رَقَّ . وَتَصِحُّ كِتَابَةُ بَعْضٍ مَنْ بَاقِيهِ حُرٌّ ، فَلَوْ كَاتَبَ كُلَّهُ . . صَحَّ فِي الرِّقِّ فِي الأَظْهَرِ . وَلَوْ كَاتَبَ بَعْضَ رَقِيقٍ . . فَسَدَتْ إِنْ كَانَ بَاقِيهِ لِغَيْرِهِ وَلَمْ يَأْذَنْ ، . . . .

وقيل : على عدد رؤوسهم .

وإنما اعتبر يوم الكتابة ؛ لأنه وقت الحيلولة بين السيد وبينهم .

قوله : (**فمن أدى حصته . . عتق**) أي : ولا يتوقف عتقه على أداء غيره (**ومن عجز . . رق**) لأن الأداء لم يوجد ، وكذا لو مات . . فإنه يموت رقيقاً ، ويعتق غيره بالأداء .

وهذا كله مفرع على صحتها ، فإن قلنا بفسادها فأدوا . . عتقوا بالتعليق ، ثم يرجع كل بما أدى ويرجع السيد بالقيمة ، وإن أدى بعضهم حصته . . لم يعتق في **الأصح** ؛ لعدم كمال الصفة .

قوله : (**وتصح كتابة بعض من باقيه حر**) أي : فيقول : كاتبت بعضك الرقيق على كذا ؛ لأن به يحصل الاستقلال المقصود بالعقد ، فأشبه ما لو كاتب جميعه .

قوله : (**فلو كاتب كله**) أي : وهو حر البعض (. . **صح في الرق في الأظهر**) أي : من قولي تفريق الصفقة ، سواء كان عالماً بحرية بعضه أو اعتقد رق جميعه فبان حر البعض .

وإذا أدى قسط الرقيق من القيمة ـ وقيل : الجميع ـ . . عتق ، وإن قلنا بالفساد . . لم يعتق حتى يؤدي جميع المسمى ؛ لتتحققَ الصفة ، فإذا عتق . . استرد من السيد ما أدى ، وللسيد عليه قسط القدر الذي كاتبه من القيمة .

قوله : (**ولو كاتب بعض رقيق . . فسدت إن كان باقيه لغيره ولم يأذن**)

وَكَذَا إِنْ أَذِنَ أَوْ كَانَ لَهُ عَلَى الْمَذْهَبِ .

أي : على المذهب ؛ لعدم الاستقلال .

وقيل : بطرد الخلاف الآتي ؛ فإن أفسدنا كتابة الشريك . . فللسيد إبطالها ؛ فإن لم يفعل ودفع العبدُ إلى الذي لم يكاتبه بعضَ كسبه ، وإلى الذي كاتبه بعضه بحسب الملك حتى أدى مال الكتابة . . عتق ، ويقوم نصيب الشريك على الذي كاتب بشرط يساره ، ويرجع العبد عليه بما دفع ، ويرجع هو على العبد بقسط القدر الذي كاتبه من القيمة .

وإن دفع جميع ما كسبه إلى الذي كاتبه حتى تم قدر النجوم . . **فالأصح** : أنه لا يعتق ؛ لأن المعاوضة تقتضي إعطاء ما تملكه ؛ لينتفع به المدفوع إليه .

وقيل : يعتق ؛ لوجود الصفة .

وعلى الأصح : يأخذ الذي لم يكاتب نصيبه مما أخذه الذي كاتب ، ثم إن أدى العبد تمام النجوم من حصته من الكسب . . عتق ، وإلا . . فلا .

قوله : (**وكذا إن أذن أو كان له على المذهب**) أما الأولى . . ففيها طريقان ؛ **أشهرهما** : قولان ؛ **أظهرهما** : الفساد أيضاً ؛ لأن الشريك يمنعه من التردد والمسافرة ، ولا يمكن صرف سهم المكاتبين إليه ؛ لأن الصدقة لا تصرف إلى القدر المكاتب منه **على الصحيح** ، **والثاني** : يصح ؛ لجواز أن يعتق نصيبه فجاز أن ينزل بالعقد المقتضي للعتق كالتدبير .

وأما الثانية . . ففيها طريقان ، قطع الجمهور بالمنع ؛ لعدم استقلاله ، وكما لا يجوز للسيد أن يبعض عتق عبده . . لا يجوز أن يبعض كتابته .

والثانية[1] : قولان ؛ **أظهرهما** : البطلان ، وهي كتابة فاسدة ، فإن أدى

---

(١) أي : الطريقة الثانية في المسألة الثانية .

وَلَوْ كَاتَبَاهُ مَعاً أَوْ وَكَّلاَ . . صَحَّ إِنِ اتَّفَقَتِ النُّجُومُ وَجُعِلَ الْمَالُ عَلَى نِسْبَةِ مِلْكَيْهِمَا ، . . . .

المال قبل أن يفسخ السيد . . عتق وسرى إلى الباقي ، ثم يرجع المكاتب بما أدى والسيد بقسط القدر المكاتب من القيمة ، ولا يرجع بقسط ما سرى إليه العتق ؛ لأنه لم يعتق بحكم الكتابة .

وكان ينبغي التعبير في الأولى بـ(الأظهر) فإن المعروف فيها قولان ، بل لم يحك في « الروضة » طريقة القطع[١] .

قوله : (ولو كاتباه معاً أو وكلا . . صح إن اتفقت النجوم) أي : جنساً وأجلاً وعدداً (وجعل المال على نسبة ملكيهما) أي : يقسم كذلك سواء صرحا باشتراط ذلك أو أطلقا ؛ لئلا يؤدي إلى انتفاع أحدهما بمال الآخر ، **هذا هو المشهور** .

وادعى في « الروضة » : القطع به ، لكن حكى الماوردي عن بعض الأصحاب تخريجه على قولين ، قال : والجمهور على فساد هذا التخريج ، وحكى في « الكفاية » : **وجهاً ثالثاً** : أنه إذا كان لأحد الشريكين زيادة على مال الآخر . . فلا تصح الكتابة أصلاً ، وإنما تصح إذا كان ملكهما على السواء[٢] .

واحترز بقوله : (**إن اتفقت**) : عما إذا اختلفت النجوم في الجنس أو في الأجل أو العدد ، أو شَرَطَا التساوي في النجوم مع التفاوت في الملك أو بالعكس . . ففي صحة كتابتهما القولان فيما إذا انفرد أحدهما بكتابة نصيبه بإذن الآخر .

وقيل : تبطل قطعاً .

---

(١) روضة الطالبين (٨/ ٤٨١) .

(٢) روضة الطالبين (٨/ ٤٨٢) ، الحاوي الكبير (٢٢/ ١٥٠) ، كفاية النبيه (١٢/ ٣٧٦) .

فَلَوْ عَجَزَ فَعَجَّزَهُ أَحَدُهُمَا وَأَرَادَ الآخَرُ إِبْقَاءَهُ. . فَكَابْتِدَاءِ عَقْدٍ ، وَقِيلَ : يَجُوزُ . وَلَوْ أَبْرَأَ مِنْ نَصِيبِهِ أَوْ أَعْتَقَهُ . . عَتَقَ نَصِيبُهُ ، وَقُوِّمَ الْبَاقِي إِنْ كَانَ مُوسِراً .

والصحيح : أنه لا يشترط تساوي الشريكين في ملك العبد .

وقوله : (أو وكلا) يوهم اجتماعهما ، وليس كذلك ، فإن توكيل أحدهما الآخر كذلك .

قوله : (**فلو عجز فعجَّزه أحدهما وأراد الآخر إبقاءه. . فكابتداء عقد**) أي : فلا يجوز بغير إذن الشريك **على المذهب** ، ولا بإذنه **على الأظهر** (**وقيل : يجوز**) أي : قطعاً وإن امتنع في الابتداء ؛ **لأنه يحتمل في الدوام ما لا يحتمل في الابتداء** .

قوله : (**ولو أبرأ**) أي : أحدهما (**من نصيبه أو أعتقه . . عتق نصيبه**) أي : قطعاً ؛ لينزله منزلة الابتداء (**وقوم الباقي إن كان موسراً**) أي : **على الصحيح** ؛ لأنه بعض حريته فوجب التقويم ؛ كما لو لم يكن مكاتباً ، **وقيل** : لا سراية .

وظاهر كلام المصنف : أنه يقوم في الحال ليسري ، **والأظهر** : أنه لا يسري في الحال ، بل عند العجز ، فإذا أدى نصيب الآخر من النجوم . . عتق عن الكتابة ، والولاء بينهما ، وإن عجز وعاد إلى الرق . . ثبتت السراية حينئذ ، ويكون الولاء كله للمعتق .

ورجح البلقيني السراية في الحال ، وقال : إنه نص « الأم » و« المختصر »[1] .

---

(١) الأم (٩/ ٣٦٥ـ٣٦٦) ، مختصر المزني (ص : ٤٣٦) .

فصل

يَلْزَمُ السَّيِّدَ أَنْ يَحُطَّ عَنْهُ جُزْءًا مِنَ الْمَالِ ، أَوْ يَدْفَعَهُ إِلَيْهِ ، وَالْحَطُّ أَوْلَى ،

(فصل)

[فيما يلزم السيد بعد الكتابة]

(يلزم السيد أن يحط عنه جزءاً من المال) أي : المعقود عليه **(أو يدفعه إليه)** أي : يدفع إليه جزءاً منه بعد قبضه ؛ ليستعين به ؛ لقوله تعالى : ﴿وَءَاتُوهُم مِّن مَّالِ ٱللَّهِ ٱلَّذِىٓ ءَاتَىٰكُمْ﴾ [النور : ٣٣] . **وظاهر الأمر** : الوجوب ، وعن أبي حنيفة ومالك : أنه لا يجب ، واختاره الروياني في « الحلية » .

ومقتضى كلام المصنف : أن الواجب أحد الأمرين ، **والأصح** المنصوص في « الأم » : أن الحط أصل والإيتاء بدل عنه[١] .

ومحله : الكتابة الصحيحة ، ولا يجب في الفاسدة **على الأصح** .

والإيتاء بالحط لا يكون إلا من نفس مال الكتابة ، وأما البذل ؛ **فإن كان** من غير جنس مال الكتابة ؛ كبذل الدراهم عن الدنانير . . لم يلزم المكاتب قبوله **على الصحيح** ، ولو رضي به . . جاز قطعاً ، **وإن كان** المبذول من غير مال الكتابة ، لكن من جنسه . . فكلام المصنف يقتضي : أنه لا يلزمه ، لكن **الصحيح** في « الروضة » : اللزوم[٢] .

قوله : **(والحط أولى)** لأنه المنقول عن الصحابة رضي الله عنهم[٣]

---

(١) الأم (٩/٣٤٨) .

(٢) روضة الطالبين (٨/٤٩٩) .

(٣) أخرجه البيهقي في « الكبير » (٢١/٤٧٦) عن ابن عمر وغيره رضي الله عنهم جميعاً ، وفي (أ) : (لأنه المنقول عن النبي صلى الله عليه وسلم) .

وَفِي النَّجْمِ الأَخِيرِ أَلْيَقُ ، وَالأَصَحُّ : أَنَّهُ يَكْفِي مَا يَقَعُ عَلَيْهِ الاسْمُ ، وَلاَ يَخْتَلِفُ بِحَسَبِ الْمَالِ ، وَأَنَّ وَقْتَ وُجُوبِهِ قَبْلَ الْعِتْقِ ، . . . .

(**وفي النجم**[1] **الأخير أليق**) لما روى مالك عن ابن عمر رضي الله عنهما : أنه كاتب عبداً له على خمسة وثلاثين ألفاً ، ووضع منها خمسة آلافٍ ، وذلك من آخر نجومه[2] .

ولأنه أقرب لتحصيل مقصود العتق .

وقيل : يتعين فيه أو بعده ، ولا يجوز قبله .

قوله : (**والأصح : أنه يكفي ما يقع عليه الاسم**) أي : ما يقع عليه اسم المال ؛ كما عبر به « المحرر » ، وعبارة « الروضة » : أقل ما يتمول[3] (**ولا يختلف بحسب المال**) أي : كثرته وقلته ؛ لأن الله تعالى لم يقيد الإيتاء بشيء ولا قدره .

والثاني : ما يليق بالحال ويستعين به على العتق ؛ فيختلف بقلة المال وكثرته ، فإن لم يتفقا على شيء . . قدره الحاكم بالاجتهاد ونظر فيه إلى قوة العبد وإكسابه .

وقيل : يعتبر حال السيد في اليسار والإعسار .

قوله : (**وأنّ وقت وجوبه قبل العتق**) أي : ليستعين به على تحصيل العتق ، وحكاه البندنيجي عن النص ، وعليه : فإنما يتعين في النجم الأخير .

والثاني : بعد العتق ليتبلّغ به .

---

(١) وفي (أ) و(ب) : (والنجم) والتصحيح من « المنهاج » وسائر الشروح .

(٢) أخرجه في « الموطأ » (١٥٦٥) ، والبيهقي في « الكبير » (٢١٧٠٢) عن ابن عمر رضي الله عنهما .

(٣) المحرر (٣/ ١٧٨٠) ، روضة الطالبين (١٣/ ٤٩٩) .

وَيُسْتَحَبُّ الرُّبُعُ ، وَإِلاَّ . . فَالسُّبُعُ .

وَيَحْرُمُ وَطْءُ مُكَاتَبَتِهِ ، . . . .

وأما وقت الجواز . . فمن أول عقد الكتابة ، ويجوز أيضاً بعد الأداء وحصول العتق .

قوله : (ويستحب الربع) لما رواه الحاكم وصححه عن علي رضي الله عنه : أنه صلى الله عليه وسلم قال في قوله تعالى : ﴿وَءَاتُوهُم مِّن مَّالِ ٱللَّهِ﴾ [النور : ٣٣] قال : « رُبُعُ الكِتَابَةِ » ، وقال ابن المنذر : **الصواب** : وقفه[١] . قال الزركشي : **والحجة باقية** ؛ لأن مثله لا يقال إلا توقيفاً .

قوله : (وإلا) أي : فإن لم يسمح بالربع (. . فالسبع) لأثر ابن عمر رضي الله عنهما السابق[٢] .

وقال البلقيني : بقي بينهما السدس ، روى البيهقي عن أبي سعيد مولى أبي أسيد : أنه كاتب مولى له على ألف درهم ومئتي درهم ، قال : فأتيته بمكاتبتي ، فرد علي مئتي درهم[٣] .

قوله : (ويحرم وطء مكاتبته) أي : لاختلال ملكه وهو يقتضي التحريم وإن لم يقطعه ؛ كالطلاق الرجعي .

فلو شرط في الكتابة أن يطأها . . فسد العقد .

والمراد : الكتابة الصحيحة ؛ فإن الفاسدة كالتعليق بصفة .

واقتصاره على الوطء يوهم : جواز ما عداه ، لكن في « زوائد الروضة » في (باب الظهار) : أنه يحرم منها كل استمتاع ، قال : وكذا المبعضة ، وذكر

---

(١) المستدرك (٢/ ٣٩٧) ، الأوسط (١١/ ٤٧٠) .

(٢) أي : من رواية مالك رحمه الله تعالى .

(٣) السنن الكبير (٢١٧٠٤) .

وَلاَ حَدَّ فِيهِ ، وَيَجِبُ مَهْرٌ ، وَالْوَلَدُ حُرٌّ ، وَلاَ تَجِبُ قِيمَتُهُ عَلَى الْمَذْهَبِ ،

الرافعي في (باب النكاح) : أنه يحرم النظر إليها أيضاً ، وهو يوهم **امتناع نظر** المكاتب لسيدته ، **وحكاه** من « زوائده » هناك عن القاضي حسين[(١)] .

لكن نص الشافعي على الجواز وجرى عليه العراقيون في هذا الباب .

قوله : (ولا حد فيه) أي : وإن علم التحريم ؛ للشبهة ، لكن يعزر **على الصحيح** ، وفي قولٍ : يحد العالم .

قوله : (ويجب مهر) أي : سواء العالم والجاهل ؛ للشبهة .

وفي قول مخرج : إن طاوعته . . لم يجب ؛ كما لو أذن الراهن في وطء المرهونة . . لم يجب ، وهو ظاهر منقول المزني ، قال الماوردي : وامتنع سائر أصحابنا من تخريجه[(٢)] .

وهل يتكرر بتكرر الوطء ؟ **المنصوص في « الأم »** : المنع ، **وهو المرجح** في (باب الصداق)[(٣)] .

قوله : (والولد حر) أي : نسيب ؛ لأنها علقت به في ملكه .

قوله : (ولا تجب قيمته على المذهب) لحريته عند علوقها به ؛ لأنه ابن أمته ، والخلاف مبني على حكم ولدها من غيره ؛ إن قلنا : لا يثبت له حكم الكتابة . . لم يلزمه قيمته ؛ لأنه قن له ، وإن قلنا : يثبت **وهو الأصح** ففي لزوم قيمته خلاف مبني على أن حق الملك فيه لمن ؟ إن قلنا : للسيد وهو الأظهر لم يلزمه ، وإن قلنا : للأم . . لزمته .

---

(١) روضة الطالبين (٦/ ٢٤٥) ، الشرح الكبير (٧/ ٤٧٩) ، روضة الطالبين (٥/ ٣٦٩) .
(٢) مختصر المزني (ص : ٤٣٧) ، الحاوي الكبير (٢٢/ ١٦٠) .
(٣) أي : في آخر الفصل الثالث من (كتاب الصداق) عند قول المتن : (ولو تكرّر وطء الأب والشريك والسيد مكاتبة . . فمهر) .

وَصَارَتْ مُسْتَوْلَدَةً مُكَاتَبَةً ، فَإِنْ عَجَزَتْ . . عَتَقَتْ بِمَوْتِهِ ، وَوَلَدُهَا مِنْ نِكَاحٍ أَوْ زِناً مُكَاتَبٌ فِي الأَظْهَرِ يَتْبَعُهَا عِتْقاً وَرِقّاً ، . . . .

وقد تورع المصنف في تعبيره بـ(**المذهب**) ؛ لاقتصاره على طريقة قاطعة بالمنع ، ولم يحكها الرافعي[١] .

نعم ؛ أطلق الخلاف وهو فيما قبل العجز ، أما لو وضعته[٢] بعد العجز . . فليس لها قيمته قطعاً ؛ لأنه ملك السيد ، أو بعد العتق . . فكذلك ؛ لأن القيمة إنما تجب للحيلولة حالة الوضع ، وهو حر حينئذ بحرية الأم .

قوله : (**وصارت مستولدة مكاتبة**) أي : يصير لعتقها سببان ، ولا يبطل الاستيلاد ؛ لأن حكم الاستيلاد والكتابة واحد ، وهو العتق ، فإن أدت النجوم . . عتقت عن الكتابة ويتبعها كسبها وولدها .

قوله : (**فإن عجزت . . عتقت بموته**) أي : عن الاستيلاد **على الأصح** ، وعتق معها أولادها الحادثون بعد الاستيلاد من نكاح أو زناً .

وأفهم : أنه لو مات قبل عجزها . . لا تعتق عن الاستيلاد ، **وهو الأصح** ، بل عن الكتابة ؛ كما لو أنشأ عتقها في حياته ، ويتبعها كسبها ، قطع به البغوي فيما حكاه الرافعي[٣] .

قوله : (**وولدها من نكاح أو زناً مكاتب في الأظهر يتبعها عتقاً ورقّاً**)[٤] لأن الولد يتبع أمه في الرق والحرية ، فهكذا في العتق . **والثاني** : لا ، بل

---

(١) المحرر (٣/ ١٧٨١) .

(٢) وفي (أ) و(ب) : (وضعه) ، وعبارة « عمدة المحتاج » (١٥/ ٥٦٩) : (ولو ولدت . . .) .

(٣) الشرح الكبير (١٣/ ٥٦٣) ، التهذيب (٨/ ٤٤٢) .

(٤) وفي « المنهاج » المطبوع : (رقاً وعتقاً) .

. . . .

يكون قناً للسيد ؛ لأن الكتابة عقد يقبل الفسخ فلا يثبت حكمه في الولد ؛ كولد المرهونة .

وعلى **الأول** : **المراد** : أنه يتبعها في العتق الحاصل بسبب الكتابة إذا أدت النجوم أو نجز السيد عتقها ، وإن عجزت ورقت . . صار رقيقاً .

وقوله : (**مكاتب**) فيه تجوّز ، فإن الرافعي قال : ليس المقصود نصب الخلاف في صيرورته مكاتباً ، فقد نصوا على أنه لا يدخل في الكتابة ولا يطالب بشيء ، **بل المقصود** : أنه هل يتبعها في العتق بعتقها ، والرق برقها ، أم لا[١] ؟

وعبارته توهم : أن هذا في المكاتبة المستولدة ، وليس كذلك ، بل هو في المكاتبة المجردة[٢] .

ومحل الخلاف : في الحادث بعد الكتابة وقبل العتق ؛ بأن تضعه لأكثر من ستة أشهر من الكتابة ، فلو انفصل بعد عتقها . . تبعها قطعاً ، أو قبل العتق ولكن كان موجوداً عند الكتابة ؛ بأن وضعته لأقل من ستة أشهر . . قال القاضي : فإن قلنا : الحمل لا يعرف . . فكالحادث ، وإن قلنا : يعرف . . فللسيد قولاً واحداً ؛ لأنا نجعله حينئذ كولد ساعة ، وولد ساعة لا يصح أن يكاتب ، بخلاف المدبرة والمعتقة والمبيعة حيث يتبعها قطعاً ، فإن ولد ساعة يمكن أن يعتق ويباع ويدبر ، وهذا ما حكاه البغوي .

ثم قال من عند نفسه : وجب أن يثبت حكم الكتابة لا على سبيل السراية بل الاستتباع ؛ كما يتبع الحمل الجارية في البيع وإن كان لا يقبل البيع وحده[٣] .

---

(١) الشرح الكبير (١٣/ ٥٥٧) .

(٢) وفي (ب) : (الكتابة المجردة) .

(٣) التهذيب (٨/ ٤٤٤) ، وراجع « الشرح الكبير » (١٣/ ٥٥٦) .

وَلَيْسَ عَلَيْهِ شَيْءٌ ، وَالْحَقُّ فِيهِ لِلسَّيِّدِ ، وَفِي قَوْلٍ : لَهَا ، فَلَوْ قُتِلَ . . فَقِيمَتُهُ لِذِي الْحَقِّ .

وَالْمَذْهَبُ : أَنَّ أَرْشَ جِنَايَةٍ عَلَيْهِ ، . . . .

قوله : (وليس عليه شيء) أي : من النجوم ؛ لأنه لم يوجد منه التزام .

قوله : (والحق فيه للسيد) أي : كما أن حق الملك في الأم له (وفي قول : لها) أي : لأنه لو كان للسيد . . لم يعتق بعتقها ، ولأنه مكاتب عليها .

ومحل هذا الترجيح : ما إذا لم يكن ولدها من عبدها ، فإن كان من عبدها . . قال الرافعي : فيشبه أن يكون كولد المكاتب من جاريته[1] ، يعني : فيكون حق الملك فيه للأم قطعاً .

قال البلقيني : **وعندي** : أنه وهم ، فإن المكاتب يملك جاريته ، والولد يتبع أمه في الرق ، وولد المكاتبة إنما جاءه الرق من أمه لا من رق أبيه الذي هو عبدها . انتهى

والقولان مفرعان على الأظهر : أنه يثبت له حكم الكتابة ، فإن قلنا : لا يثبت . . فهو قن للسيد فله بيعه وعتقه عن الكفارة والوطء إن كان الولد أمة ، ولا يعتق بعتق الأم .

قوله : (فلو قتل . . فقيمته لذي الحق) أي : إن قلنا : إنه للسيد . . فقيمته له ، وإن قلنا : لها . . فلها ، **وقيل** : له أيضاً ؛ لأن القتل قطع أثر الكتابة فيموت رقيقاً .

قوله : (والمذهب : أن أرش جناية عليه) أي : على ولد المكاتبة فيما

---

(١) الشرح الكبير (١٣/ ٥٦٠) .

وَكَسْبُهُ وَمَهْرُهُ يُنْفَقُ مِنْهَا عَلَيْهِ ، وَمَا فَضَلَ . . وُقِفَ ، فَإِنْ عَتَقَ . . فَلَهُ ، وَإِلاَّ . . فَلِلسَّيِّدِ . وَلاَ يَعْتِقُ شَيْءٌ مِنَ الْمُكَاتَبِ حَتَّى يُؤَدِّيَ الْجَمِيعَ . . . . . .

دون نفسه (وكسبه ومهره ينفق منها عليه ، وما فضل . . وقف ، فإن عتق . . فله ، وإلا . . فللسيد) .

قال الزركشي : كيفية الخلاف : أنا إن قلنا : بأن حق الملك فيه للأم . . فالأرش وما بعده لها ؛ لتصرفه في كتابتها ، وإن قلنا : للسيد ـ **وهو الأصح** ـ فوجهان ؛ **أصحهما** : أنه ينفق عليه ويوقف الباقي .

وحاصله : تصحيح طريقة الخلاف ، فلو عبر بـ(**الأصح**) . . لكان أولى .

قوله : (ولا يعتق شيء من المكاتب حتى يؤدي الجميع) لقوله صلى الله عليه وسلم : « **الْمُكَاتَبُ قِنٌّ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ دِرْهَمٌ** » . رواه أبو داود والنسائي وابن حبان في « صحيحه »(١) .

ولأنه إما أن يغلب فيها حكم المعاوضات ؛ فيجري مجرى البيع ، أو حكم الصفات ؛ فيجري مجرى العتق بالصفة .

فإن كان الأول . . فالمبيع لا يجب تسليمه إلا بقبض جميع ثمنه ، وإن كان الثاني . . فالمعلق على الصفة لا يعتق بوجود بعضها .

ولفظ الحديث مثل للتقليل ؛ فلو بقي عليه أقل من درهم ولو فلس . . فالحكم كذلك .

وفي معنى الأداء : الإبراء ، فيعتق به ، وفي حصوله بالاستبدال عنها خلاف .

---

(١) سنن أبي داود (٣٩٢٦) ، السنن الكبرى للنسائي (٥٢١٩) ، صحيح ابن حبان (٤٣٢١) .

وَلَوْ أَتَى بِمَالٍ فَقَالَ السَّيِّدُ : هَذَا حَرَامٌ وَلاَ بَيِّنَةَ . . حَلَفَ الْمُكَاتَبُ أَنَّهُ حَلاَلٌ ، وَيُقَالُ لِلسَّيِّدِ : تَأْخُذُهُ أَوْ تُبْرِئُهُ عَنْهُ ، . . . .

وإذا جوزنا الحوالة بالنجوم أو عليها . . حصل العتق بنفس الحوالة أيضاً ، وهذا إذا اتحد ، فإن تعدد العقد ؛ كما لو كاتب عبيداً صفقة ، فأدى بعضهم حصته . . عتق وإن لم يؤد الآخرون ؛ كما سبق[١] ، وفيما إذا كاتب اثنان عبدهما معاً . . لا يعتق بأداء نصيب أحدهما حتى يعطي نصيب الآخر .

ولو شرط السيد أنه إذا أدى النجم الأول عتق وبقي الثاني في ذمته يؤديه بعد العتق . . ففي صحة العقد قولا الجمع بين عقدين مختلفين ، قاله في « الروضة » ، **وهو يقتضي** : ترجيح الصحة ، وإنما حكاه الرافعي عن بعضهم ، **واقتضى كلامه** : الجزم بالصحة فيما إذا كاتبه مطلقاً وأدى بعض المال ثم أعتقه على أن يؤدي الباقي بعد العتق[٢] .

قوله : (**ولو أتى**) أي : المكاتب (**بمال فقال السيد : هذا حرام ولا بينة . . حلف المكاتب أنه حلال**) يعني : أن القول قوله بيمينه ؛ لأن اليد دليل الملك ، **وقيل** : لا يحتاج إلى اليمين .

وظاهر كلامه : أنه يتعين الحلف على أنه حلال ، وقال الماوردي : يتخير بين أن يحلف أنه ليس بحرامٍ وبين أن يحلف أنه ملكه[٣] .

قوله : (**ويقال للسيد : تأخذه أو تبرئه عنه**) أي : لا يلزم قبوله عيناً ، بل يخير في أحد الأمرين ، **هذا هو المذهب** .

وقيل : في إجباره على الأخذ قولان .

---

(١) أي : في شرح قول المتن : (ولو كاتب عبيداً . . .) إلخ .
(٢) روضة الطالبين (٨/ ٥١٢) ، الشرح الكبير (١٣/ ٤٨٤) .
(٣) الحاوي الكبير (١٨/ ١٨٣) دار الكتب العلمية .

فَإِنْ أَبَى . . قَبَضَهُ الْقَاضِي ، فَإِنْ نَكَلَ الْمُكَاتَبُ . . حَلَفَ السَّيِّدُ .

وَلَوْ خَرَجَ الْمُؤَدَّى مُسْتَحَقّاً . . رَجَعَ السَّيِّدُ بِبَدَلِهِ ، . . . .

قوله : (**فإن أبى . . قبضه القاضي**) أي : ويعتق المكاتب (**فإن نكل المكاتب . . حلف السيد**) أي : يصير كما لو أقام بينة .

واحترز بقوله : (**ولا بينة**) : عما لو أقام السيد بينة على ما يقوله . . فإنه لا يجبر على قبوله وتسمع بينته ؛ لأن في إقامتها غرضاً ظاهراً ، وهو الامتناع من الحرام ، كذا أطلقه كثيرون .

وقال الصيدلاني : إنما تقبل البينة إذا عين له مالكاً ، ثم إذا أخذه السيد وعين[1] له مالكاً . . أمر بتسليمه إليه بلا خلاف ؛ مؤاخذة باعترافه .

وإن اقتصر على قوله : (حرام) ونحوه . . **فقيل** : ينزعه الحاكم ويحفظه في بيت المال ، **والأصح** : أنه لا ينزعه ، بل يقال : أمسكه حتى يبين صاحبه ، ويمنع من التصرف فيه .

فإن أكذب نفسه وقال : هو للمكاتب . . قال الإمام : **فالصحيح** : أنه يقبل وينفذ تصرفه فيه ، قال : وإن قلنا : يزيل الحاكم يده . . **فالظاهر** : أنه لو كذب نفسه . . لا يقبل[2] .

قوله : (**ولو خرج المؤدى مستحقاً**) أي : ببينة شرعية وإلزام ، لا بإقرار أو يمين مردودة (. . **رجع السيد ببدله**) أي : لفساد القبض .

قال في « التحرير » : كان ينبغي أن يقول : (لمستحقه) فإنه لا يرجع ببدل المؤدى[3] .

---

(١) وفي (أ) : (وقد عين) .

(٢) نهاية المطلب (١٩/ ٣٨٠) .

(٣) تحرير الفتاوي (٣/ ٨٣٣) ، وفي (أ) : (بمستحقه) .

فَإِنْ كَانَ فِي النَّجْمِ الأَخِيرِ . . بَانَ أَنَّ الْعِتْقَ لَمْ يَقَعْ وَإِنْ كَانَ قَالَ عِنْدَ أَخْذِهِ : أَنْتَ حُرٌّ ، وَإِنْ خَرَجَ مَعِيباً . . فَلَهُ رَدُّهُ وَأَخْذُ بَدَلِهِ ، . . . .

قوله : (فإن كان في النجم الأخير . . بان أن العتق لم يقع) أي : لأن الأداء لم يصح ، ولأنه عتق على ظن براءته ولم يبرأ .

قال الزركشي : هكذا قطعوا به ، ولم يُجروا فيه الخلاف فيما لو قال : إن أعطيتني ألفاً فأنت طالق ، فجاءت بمغصوب . . حيث يحصل الطلاق على وجهٍ ؛ لأن الطلاق يحصل بالصفة وهنا المعلق عليه العتق براءة الذمة ولم توجد .

وقال في « التحرير » : لا يختص ذلك بالأخير ، بل لو كان في غيره ودفع الأخير على الوجه المعتبر . . فإنه يتبين بخروج غير الأخير مستحقاً : أنه لا عتق ؛ ولذلك عبر في « الروضة » ببعض النجوم[١] .

قوله : (وإن كان قال عند أخذه : أنت حر) أي : فإن العتق لا يحكم به أيضاً ؛ لأنه بناه على ظاهر الحال وهو صحة الأداء ، هذا **هو الأصح** المنصوص .

وقيل : يعتق ؛ مؤاخذة له .

قوله : (وإن خرج معيباً . . فله رده وأخذ بدله) أي : إن لم يرض به ؛ لأن العقد إنما يتناول السليم ، فلم يلزمه أخذ المعيب كالسلم .

فإن رضي به وكان في النجم الأخير . . نفذ العتق قطعاً[٢] ، ورضاه بالعيب كالإبراء عن بعض الحق .

---

(١) تحرير الفتاوي (٣/ ٨٣٣) ، روضة الطالبين (٨/ ٤٩٧) .

(٢) وفي (أ) : (مطلقاً) بدل (قطعاً) .

وَلاَ يَتَزَوَّجُ إِلاَّ بِإِذْنِ سَيِّدِهِ ، وَلاَ يَتَسَرَّى بِإِذْنِهِ عَلَى الْمَذْهَبِ .

لكن هل يثبت حصول العتق من وقت القبض أو من وقت الرضا ؟ وجهان ؛ **أصحهما** : الأول .

وإذا رد وقلنا : يتبين بالرد أن الملك لم يحصل بالقبض . . فلا عتق ، فإن أدى بعد ذلك على الصفة المستحقة . . عتق حينئذ .

وإن قلنا : يحصل الملك بالقبض وبالرد يرتفع . . **فالأصح** : أنه يتبين أن العتق لم يحصل ، وإنما يثبت الرد له إذا لم يحدث ما يمنع[1] ، فلو حدث عنده عيب . . فله الأرش ، فإن دفعه المكاتب . . استقر العتق ، وإلا . . ارتفع .

وفي قدره وجهان ، **قيل** : ما نقص من قيمة رقبة العبد بحسب نقصان العيب من قيمة النجوم ، وبه قطع السرخسي ، **وقيل** : ما نقص من النجوم المقبوضة بسبب العيب ، ونقل الروياني ترجيحه[2] .

قوله : (ولا يتزوج إلا بإذن سيده) لأنه يتعرض للمهر والنفقة وتنقص قيمته لو عاد للسيد ، فإن أذن له . . فطريقان ، **أصحهما** : القطع بالصحة ؛ لأنه إذا صح نكاح القن بالإذن . . فالمكاتب أولى ، **والثاني** : قولان ؛ كتبرعه .

وإذا صححنا . . ففي وجوب إجابته خلاف كالقن ، لكن هنا أولى بالوجوب .

وشمل إطلاقه : **المكاتبة** ؛ فيزوجها بإذنها **على الصحيح** .

قوله : (ولا يتسرى بإذنه على المذهب) أي : لضعف ملكه ، وخوفاً من هلاك الجارية بالطلق ، وهذا بناء على أن العبد لا يملك بتمليك سيده ، فإن

---

(١) وفي (أ) : (مانع) بدل (ما يمنع) .

(٢) بحر المذهب (٨/٣٠٨) .

وَلَهُ شِرَاءُ الْجَوَارِي لِتِجَارَةٍ ، فَإِنْ وَطِئَهَا . . فَلاَ حَدَّ ، وَالْوَلَدُ نَسِيبٌ ، فَإِنْ وَلَدَتْهُ فِي الْكِتَابَةِ أَوْ بَعْدَ عِتْقِهِ لِدُونِ سِتَّةِ أَشْهُرٍ . . تَبِعَهُ رِقّاً وَعِتْقاً ، . . .

قلنا : يملك . . فطرق : الحلُّ وعدمه ، **وثالثها** : البناء على الخلاف في تبرعاته ، **وكلام « الشرح الصغير » يقتضي** : ترجيحها ، وبه صرح في « الكبير » قبيل (الصداق) وذكره في « زوائد الروضة » في (باب العبد المأذون) **ومقتضاه** : ترجيح الصحة مطلقاً من غير بناء[١] .

قال الزركشي : وينبغي أن يكون الكلام في الموضعين مفرعاً على الضعيف في ملك العبد بالتمليك ؛ كما صرحا به هنا ، ويزول الاضطراب ، وهو الموافق لنص الشافعي في « الأم » و« البويطي » حيث قال : ولا يتسرى المملوك ولا المكاتب وإن أذن له سيده .

قال الزركشي : وليس المنع منه لكون الشافعي يمنع المحاباة ، بل صرح في « الأم » بالمنع مع تجويز غيره من التبرعات ، وهو يضعف طريقة البناء على القولين[٢] .

قوله : (وله شراء الجواري لتجارة) أي : توسيعاً له في طرق الاكتساب (فإن وطئها . . فلا حد) أي : لشبهة الملك ، وكذا لا مهر ؛ لأنه لو وجب عليه . . لكان له (والولد نسيب) لأنه من وطء يلحق النسب .

قوله : (فإن ولدته في الكتابة) أي : في حال كون أبيه مكاتباً لم يعتق بعد (أو بعد عتقه لدون ستة أشهر . . تبعه رقّاً وعتقاً) لأن العلوق وقع في الرق ، لكن لا يملك بيعه ؛ لأنه ولده ، ولا يعتق عليه ؛ لضعف ملكه بل يوقف عتقه على عتق أبيه ؛ فإن عتق . . عتق ، وإلا . . رق وصار للسيد .

---

(١) الشرح الكبير (٨/ ٢٠٦) ، روضة الطالبين (٣/ ٢٣٠) .

(٢) الأم (٩/ ٣٨٩) ، (٩/ ٤٠٥) ، مختصر البويطي (ص : ١١٣٤) .

وَلاَ تَصِيرُ مُسْتَوْلَدَةً فِي الأَظْهَرِ . وَإِنْ وَلَدَتْهُ بَعْدَ الْعِتْقِ لِفَوْقِ سِتَّةِ أَشْهُرٍ وَكَانَ يَطَؤُهَا . . فَهُوَ حُرٌّ وَهِيَ أُمُّ وَلَدٍ .

وَلَوْ عَجَّلَ النُّجُومَ . . لَمْ يُجْبَرِ السَّيِّدُ عَلَى الْقَبُولِ إِنْ كَانَ لَهُ فِي الامْتِنَاعِ غَرَضٌ ؛ كَمُؤْنَةِ حِفْظِهِ أَوْ خَوْفٍ عَلَيْهِ ، . . . .

قوله : (ولا تصير مستولدة في الأظهر) لأنها علقت بمملوك فأشبهت الأمة المنكوحة .

والثاني : تصير مستولدة في الحال ؛ لأنه يثبت للولد حق الحرية حيث يكاتب عليه ، وامتنع بيعه ، فتثبت لها حرمة الاستيلاد .

قوله : (وإن ولدته بعد العتق لفوق ستة أشهرٍ وكان يطؤها . . فهو حر) أي : قطعاً (وهي أم ولد) لظهور العلوق بعد الحرية ، والولد في هذه الحالة لا ولاء عليه إلا بالولاء على أبيه ، ولا ينظر إلى احتمال العلوق في الرق ؛ تغليباً للحرية .

قوله : (ولو عجل النجوم) أي : قبل محلها (. . لم يجبر السيد على القبول إن كان له في الامتناع غرض) أي : صحيح (كمؤنة حفظه) أي : بأن يكون كثيراً لا يمكن حفظه في صحن داره .

وكان ينبغي إطلاق **المؤنة** ؛ ليدخل فيه العلف ، وقد ذكره في « المحرر »(١) .

(أو خوف عليه) أي : من الضياع والفساد ؛ لما فيه من الضرر ، ولا خلاف فيه .

نعم ؛ لو كاتبه في وقت النهب وعجل فيه . . **فقيل** : يجبر ؛ لاستواء

---

(١) المحرر (٣/١٧٨٦) .

وَإِلاَّ . . فَيُجْبَرُ ، فَإِنْ أَبَى . . قَبَضَهُ الْقَاضِي ، . . . .

الحالين ، **والأصح** : المنع ؛ لأنه قد يزول عند المحل .

قال الروياني : فإن كان هذا الخوف معهوداً لا يرجى زواله . . يلزم قبوله وجهاً واحداً ، وبه جزم الماوردي(١) .

قوله : (وإلا . . فيجبر) أي : وإن لم يكن له في الامتناع غرض صحيح . . أجبر ؛ لما روى البيهقي عن أنس بن سيرين عن أبيه قال : كاتبني أنس بن مالك رضي الله عنه ، فاشتريت وبعت حتى ربحت مالاً ، وجئت أنساً بكتابتي كلها ، فأبى أن يقبلها إلا نجوماً ، فأتيت عمر بن الخطاب رضي الله عنه فذكرت ذلك له فقال رضي الله عنه : أراد أنس الميراث ، ثم كتب إليه فقبلها(٢) .

ولأن للمكاتب غرضاً ظاهراً **وهو** : تنجيز العتق أو تقريبه ، ولا ضرر على السيد .

قال الإمام : وهذا لا خلاف فيه بخلاف بقية الديون ، فإن في إجبار رب الدين على قبول الدين المؤجل قبل حلوله قولين(٣) .

قوله : (فإن أبى . . قبضه القاضي) أي : ويعتق ؛ لأنه نائب الممتنعين ، وجاء في قصة أنس رضي الله عنه أن عمر رضي الله عنه قال : إما أن تأخذه أو نضعه في بيت المال(٤) ؛ أي : أحفظه عليك .

ولو أتى بالنجم في محله أو قبل محله والسيد غائب . . قبض عنه أيضاً

---

(١) بحر المذهب (٨/ ٣٤٠) ، الحاوي الكبير (٢٢/ ١٧٢) .

(٢) أخرجه البيهقي في « الكبير » (٢١٧٣٦) ، و« المعرفة » (٦١١٥) .

(٣) نهاية المطلب (١٩/ ٣٨٠) .

(٤) أخرجه البيهقي في « معرفة السنن والآثار » (٦١١٥) .

وَلَوْ عَجَّلَ بَعْضَهَا لِيُبْرِئَهُ عَنِ الْبَاقِي فَأَبْرَأَ . . لَمْ يَصِحَّ الدَّفْعُ ، وَلاَ الإِبْرَاءُ .

حيث لا ضرر ، بخلاف من عجل حق الغائب في غير الكتابة . . لا يقبضه الحاكم **في الأصح** .

وتعبيره بـ(النجوم) ليس بقيد ، فإن أحضر النجم الأول أو غيره . . فالحكم كذلك .

وقوله : **(فإن أبى قبضه القاضي)** لا يطابق قوله : **أنه يجبر** إلا بتأويل ، وهو أن يجبره ، فإن عجز عن جبره أو لم يفد فيه الجبر . . قبض له حينئذ .

قال الزركشي : **والأشبه** : أن القاضي يتخير بين جبره على العتق والقبض له ؛ كما في الإكراه بحق .

تنبيه : حكم المكان كذلك ، فإذا أتى به في غير بلد العقد ، فإن كان لنقله مؤنة أو كان الطريق أو ذلك البلد مخوفاً . . لم يجبر ، وإلا . . أجبر .

قوله : **(ولو عجل بعضها)** أي : النجوم قبل المحل **(ليبرئه عن الباقي فأبرأ . . لم يصح الدفع ولا الإبراء)** أي : سواء كان الالتماس من العبد أو السيد ؛ كما قاله في « المحرر »[١] .

وإذا لم يصحا . . لم يحصل العتق وعلى السيد رد المأخوذ ، **هذا هو المذهب** ؛ لأن الإبراء المعلق بشرط باطلٌ ، وتعجيل أداء النجوم على شرطٍ غيرُ صحيح ؛ لأنه يضارع ربا الجاهلية ؛ فإنهم كانوا يزيدون في الحق ليزيد صاحب الحق في الأجل .

وأشار المزني إلى ترديد قول في صحتهما[٢] ، ولم يسلم له الجمهور وحملوا التجويز على ما إذا أدى البعض من غير شرط فأبرأه .

---

(١) المحرر (٣/ ١٧٨٦) .

(٢) أي : صحة القبض والإبراء ؛ كما هو عبارة « روضة الطالبين » (٨/ ٥٠٢) .

وَلاَ يَصِحُّ بَيْعُ النُّجُومِ ، ....

وكلامه يقتضي : أنه لا يحصل العتق ، وقد نص في « الأم » على المسألة ثم قال : وإن جعل هذا على أن يحدث للمكاتب عتقاً فأحدثه له . . فالمكاتب حر ويرجع عليه سيده بالقيمة ؛ لأنه أعتقه ببيع فاسدٍ ؛ كما قلتُ في أصل الكتابة الفاسدة ، حكاه الزركشي ، وفي « الروضة » بسطه عن حكاية القاضي[1] .

وقال الزركشي : أطلقوا عدم صحة الإبراء ، وينبغي أن يكون محله في غير العالم بفساده ، أما إذا علم به ثم أوقع الإبراء بعده . . فينبغي الصحة ويعتق ؛ كما قالوا في (باب الرهن) : أنه إذا قال : أقرضتك هذه الألف بشرط أن ترهن بالمئة التي لي عندك . . فالقرض فاسد ، ثم إن رهن بالمئة وعلم فساد الشرط . . صح قطعاً ، وإن ظن صحته . . صح عند المصنف .

وقوله : (**ولو عجل ليبرئه**) **يفهم** : أنه لو عجل من غير شرط البراءة وأبرأ الآخر وطابت أنفسهما . . جاز .

والشرط المبطل هو المقارن ، فلو تقدم . . لم يبطل ، صرح به الجوري هنا ، **وهو مقتضى كلام الأصحاب في غير هذا الموضع** .

قوله : (**ولا يصح بيع النجوم**) أي : لا يجوز أن يبيع السيد ما في ذمة المكاتب ؛ من النجوم على النص ، فإنه باع ما لا يقدر على تسليمه ، فإن العبد لا يقدر على تسليمه ويستقل بإسقاطه ، وأومأ في القديم إلى الصحة ؛ كمذهب مالك ؛ لأن السيد ملكها في ذمة المكاتب فكانت كسائر أمواله .

وقضية إطلاقه : أنه لا فرق بين النجوم الحالة والمؤجلة ، وبه صرح بعضهم .

(١) الأم (٩/ ٤٠٧) ، روضة الطالبين (٨/ ٥٠٢) .

وَلا الاعْتِيَاضُ عَنْهَا ، فَلَوْ بَاعَ وَأَدَّى إِلَى الْمُشْتَرِي . . لَمْ يَعْتِقْ فِي الأَظْهَرِ ، وَيُطَالِبُ السَّيِّدُ الْمُكَاتَبَ وَالْمُكَاتَبُ الْمُشْتَرِيَ بِمَا أَخَذَ مِنْهُ .

قوله : (ولا الاعتياض عنها) أي : الاستبدال عنها من المكاتب ؛ لأنه غير مستقر .

والاستبدال عن الدين إنما يجوز في المستقر ، قال الزركشي : وهذا تبع فيه الرافعي البغوي ، **واقتضى كلامه في (باب الشفعة) تبعاً للأصحاب** : الجواز ؛ تغليباً لحكم المعاوضة ، **وهو الصواب** ، فقد نص عليه في « الأم » في مواضع(١) .

قوله : (فلو باع وأدى إلى المشتري . . لم يعتق في الأظهر) يعني : فإذا باع السيد النجوم وأدى المكاتب إلى المشتري بعد البيع . . ففي عتقه بذلك قولان ؛ **أحدهما** : نعم ؛ لأن السيد سلطه على القبض فأشبه الوكيل ، **وأظهرهما** : لا ؛ لأنه يقبض لنفسه حتى لو تلف في يده . . ضمنه ، بخلاف الوكيل .

فإن قلنا : يعتق . . فما أخذه المشتري يعطيه للسيد ؛ لأنا جعلناه كوكيله ، وإن قلنا : لا يعتق . . صرح المصنف حكمَهُ بقوله :

(ويطالب السيد المكاتب) أي : بالنجوم المبيعة **(والمكاتب المشتري بما أخذ منه)** وقال أبو إسحاق : إن قال بعد البيع : خذها منه ، أو قال للمكاتب : ادفعها إليه . . صار وكيلاً وعتق بقبضه ، وإن اقتصر على البيع . . فلا ؛ فحمل القولين على حالين ، ورجحها البلقيني ، ثم قال : **ومحل القولين** : إذا لم يأذن للمشتري في قبض النجوم ، فإن أذن مع علمهما بفساد البيع فقبض . . عتق قطعاً .

---

(١) الشرح الكبير (١٣/ ٥٣٦) ، (٥/ ٥١٦) ، التهذيب (٨/ ٤٦١) ، الأم (٩/ ٤٠٧) .

وَلاَ يَصِحُّ بَيْعُ رَقَبَتِهِ فِي الْجَدِيدِ ، . . . .

وقوله : (**ويطالب السيد. . .**) إلى آخره. . قال الزركشي : هو يجري أيضاً في الاعتياض إذا منعناه ، فاقتصاره على البيع بعد ذكرهما يوهم : أنه لا يجري فيه ، بل يجري أيضاً في بيع رقبة المكاتب ، فلو أخره إلى ما بعدها. . كان أحسن ؛ لينبّه على جريانه في الصور الثلاث .

قوله : (**ولا يصح بيع رقبته في الجديد**) أي : قياساً على المستولدة .

والقديم : الجواز ؛ كبيع المعلق العتق بصفة ، ويحتج له بحديث بريرة رضي الله عنها فإنها استعانت عائشة رضي الله عنها في كتابتها فقالت : إن باعوك. . صببت لهم ثمنك صباً ، فراجعتهم فأبوا أن يبيعوها إلا أن يكون الولاء لهم. . . الحديث[1] .

ومن قال بالجديد. . قال : إنها عجزت نفسها ثم اشترتها عائشة رضي الله عنها ، والبيع بعد فسخ الكتابة جائز ؛ ولهذا أمرها النبي صلى الله عليه وسلم بعتقها ، ولو ثبتت الكتابة. . لعتقت بها .

وامتناع البيع محله : إذا لم يرض المكاتب بالبيع ، فإن رضي. . جاز وكان رضاه فسخاً ، نقله البيهقي عن الشافعي[2] ، وجزم به القاضي حسين في « تعليقه » ، **وهو ظاهر** ؛ لأن الحق له وقد رضي بإبطاله .

وعلى القديم : في انفساخ الكتابة وجهان ؛ **أصحهما** : المنع وينتقل إلى المشتري مكاتباً ، **والأصح** : أن الولاء له .

وينبغي أن يستثنى : ما لو باعه من نفسه ؛ كما سيأتي في نظيره من المستولدة ، وقد يمنع ؛ فإن صفة أمية الولد لازمة ، فيجوز البيع ؛ تعجيلاً

---

(١) أخرجه البخاري (٢٥٦٤) ، مسلم (١٥٠٤) عن عائشة رضي الله عنها .

(٢) السنن الكبير (٢١/٤٩٨) .

فَلَوْ بَاعَ فَأَدَّى إِلَى الْمُشْتَرِي . . فَفِي عِتْقِهِ الْقَوْلاَنِ ، وَهِبَتُهُ كَبَيْعِهِ ، . . . . . .

للعتق ، بخلاف المكاتب ؛ فإنه قد يعجز نفسه ، **فيحصل أنه يباع في أربع صور** : إذا رضي ، وإذا عجز نفسه ، وإذا اشترى نفسه ، وإذا جنى ، **وهذا في الكتابة الصحيحة** .

أما الفاسدة . . فالمنصوص في « الأم » : صحة البيع إذا علم البائع بفسادها[1] ؛ لبقائه على ملكه ؛ كالمعلق عتقه بصفة ، وكذا إذا جهل **على المذهب** .

قوله : (فلو باع فأدى إلى المشتري . . ففي عتقه القولان) أي : فيما إذا باع نجومه فأدى إلى مشتريها . . قال البلقيني : لا يعرف هذا في شيء من كلام الشافعي ولم يذكره أكثر الأصحاب ؛ وإنما أخذه الرافعي من البغوي[2] .

وقال الزركشي : حكاه القاضي حسين عن بعض الأصحاب ثم قال : وهذا لا يصح عندي ؛ لأنه هنا سلطه على رقبته ، وهناك سلطه على النجوم فوجب أن يعتق ثَمَّ ، يعني على رأي ، ولا يعتق هنا ، يعني : ولا يجري فيه ذلك القول .

قوله : (وهبته كبيعه) أي : فيأتي القولان ، **والأظهر** : المنع ؛ لما فيها من إزالة الملك وتعرضه للرق .

وأما الوصية ؛ فإن نجزها . . فكالبيع ، وإن علقها على عجزه . . **فالأصح** : الصحة ؛ كما لو وصَّى بثمرة نخلة وحمل أمة .

---

(١) راجع « الأم » (٩/ ٣٧١) .
(٢) الشرح الكبير (١٣/ ٥٣٦) ، التهذيب (٨/ ٤٦١) .

وَلَيْسَ لَهُ بَيْعُ مَا فِي يَدِ الْمُكَاتَبِ وَإِعْتَاقُ عَبْدِهِ وَتَزْوِيجُ أَمَتِهِ . وَلَوْ قَالَ لَهُ رَجُلٌ : أَعْتِقْ مُكَاتَبَكَ عَلَى كَذَا ، فَفَعَلَ . . عَتَقَ وَلَزِمَهُ مَا الْتَزَمَ .

فصل

الْكِتَابَةُ لاَزِمَةٌ مِنْ جِهَةِ السَّيِّدِ لَيْسَ لَهُ فَسْخُهَا إِلاَّ أَنْ يَعْجِزَ عَنِ الأَدَاءِ ،

قوله : (**وليس له بيع ما في يد المكاتب وإعتاق عبده وتزويج أمته**) أي : ونحو ذلك من التصرفات ؛ لأنه كالأجنبي معه .

قوله : (**ولو قال له رجل : أعتق مكاتبك على كذا ، ففعل . . عتق ولزمه ما التزم**) أي : كما لو قال : أعتق مستولدتك على كذا ، وهو بمنزلة فداء الأسير .

قال الإمام البلقيني : لا بد أن يقول : (عليّ) فإنه بدون ذلك ليس فيه التزام ، **والمراد** : عتقه عن المقول له عن الكتابة ، ويتبعه كسبه وأولاده . انتهى

أما لو قال : أعتقه عني على كذا . . لم يعتق عن السائل ، ويعتق عن المعتق **في الأصح** ولا يستحق المال .

(فصل)

[في بيان لزوم الكتابة وجوازها ، وما يترتب عليهما]

(**الكتابة لازمة من جهة السيد ليس له فسخها**) لأنها عقدت لحظ المكاتب لا لحظ السيد فكان فيها كالراهن ؛ لأنها حق عليه ، وهذا في الصحيحة .

أما الفاسدة . . فجائزة من جهته **على الأصح** .

وإنما قال : (**ليس له فسخها**) بعد ذكر اللزوم ؛ لأجل الاستثناء في **قوله** : (إلا أن يعجز عن الأداء) أي : أداء النجوم أو بعضها عند المحل ؛ لأنه تعذر

وَجَائِزَةٌ لِلْمُكَاتَبِ ، فَلَهُ تَرْكُ الأَدَاءِ وَإِنْ كَانَ مَعَهُ وَفَاءٌ ، فَإِذَا عَجَّزَ نَفْسَهُ . . فَلِلسَّيِّدِ الصَّبْرُ وَالْفَسْخُ بِنَفْسِهِ ، وَإِنْ شَاءَ . . بِالْحَاكِمِ ، . . . .

عليه العوض ؛ فيمكَّن من الفسخ ؛ كالبائع عند إفلاس المشتري بالثمن .

وقال الرافعي تبعاً للبغوي : لا ترتفع الكتابة بمجرد تعجيزه نفسه ، وإنما يرتفع إذا فسخها بعد العجز ، وهو خلاف نص الشافعي ، فإنه قال في « الأم » مستدلاً على بطلان الكتابة بالموت : وإذا قال في حياته : عجزت . . بطلت الكتابة ؛ لأنه اختار تركها ، فكان إذا مات أولى أن تبطل[١] .

فرع : يثبت له الفسخ أيضاً عند امتناع المكاتب من الأداء مع القدرة ، وكذا عند غيبته بعد المحل بغير إذن السيد ولم يبعث المال ؛ كما سيأتي[٢] .

ويستثنى أيضاً : ما إذا عجز عن القدر الواجب في الإيتاء فليس للسيد تعجيزه ؛ لأن له عليه مثله ، ولا يحصل التقاص ؛ لأن للسيد أن يؤتيه من غيره .

قال في « أصل الروضة » : لكن يرفعه المكاتب إلى الحاكم حتى يُري رأيه ؛ أي : بإلزام السيد بالإيتاء والمكاتب بالأداء ، أو يحكم بالتقاص للمصلحة في ذلك ، قاله في « التحرير »[٣] .

قوله : (وجائزة للمكاتب ، فله ترك الأداء وإن كان معه وفاء) أي : لأن الحظ فيها له فأشبه المرتهن .

قوله : (فإذا عجز نفسه . . فللسيد الصبر والفسخ بنفسه ، وإن شاء . . بالحاكم) لأنه فسخ مجمع عليه لا اجتهاد فيه ، فلم يشترط فيه الحاكم ، ثم إذا

---

(١) الشرح الكبير (١٣/ ٥٠٩) ، الأم (٩/ ٣٨٥) .
(٢) أي : في قول المتن : (ولو حل النجم وهو غائب . . .) إلخ .
(٣) روضة الطالبين (٨/ ٥٠٠) ، تحرير الفتاوي (٣/ ٨٣٨) .

وَلِلْمُكَاتَبِ الْفَسْخُ فِي الأَصَحِّ .

وَلَو اسْتَمْهَلَ الْمُكَاتَبُ عِنْدَ حُلُولِ النَّجْمِ . اسْتُحِبَّ إِمْهَالُهُ ، فَإِنْ أَمْهَلَ ثُمَّ أَرَادَ الْفَسْخَ . فَلَهُ ، وَإِنْ كَانَ مَعَهُ عُرُوضٌ . أَمْهَلَهُ لِيَبِيعَهَا ، فَإِنْ عَرَضَ كَسَادٌ . فَلَهُ أَلاَّ يَزِيدَ فِي الْمُهْلَةِ عَلَى ثَلاَثَةِ أَيَّامٍ ، . . . .

فسخ الحاكم . . فلا بد من ثبوت الكتابة وحلول النجم عنده .

وينبغي للسيد إذا فسخ بنفسه أن يشهد عليه .

وسياق كلامه يقتضي : تخيير السيد في تعجيز العبد وإن كان قادراً على الوفاء ، لكن جزم الماوردي في هذه الحالة بمنع استقلال السيد وتعين الحاكم ؛ لموضع الخلاف(١) .

قوله : (وللمكاتب الفسخ في الأصح) كما أن للمرتهن أن يفسخ الرهن ، وحكاه البندنيجي عن نص « الأم »(٢) .

والثاني : المنع ؛ لأنه لا ضرر عليه في بقائها .

وقضية التصحيح : أن يستقل بالفسخ .

قوله : (ولو استمهل المكاتب عند حلول النجم . . استحب إمهاله) لأنه مديون ، وإمهال المديون مستحب ، ولا يجب ؛ لأن الحق له .

قوله : (فإن أمهل) أي : السيد (ثم أراد الفسخ . . فله) أي : الفسخ ؛ لأن الدين الحال لا يتأجل .

قوله : (وإن كان معه عروض . . أمهله ليبيعها) أي : ولا يتقيد بمدة ، بل غايته بيع العروض (فإن عرض كساد . . فله ألا يزيد في المهلة على ثلاثة أيام)

---

(١) الحاوي الكبير (٢٢/ ٢٢١) .
(٢) الأم (٩/ ٣٨٠) .

وَإِنْ كَانَ غَائِباً . . أَمْهَلَهُ إِلَى الإِحْضَارِ إِنْ كَانَ دُونَ مَرْحَلَتَيْنِ ، وَإِلاَّ . . فَلاَ .

وَلَوْ حَلَّ النَّجْمُ وَهُوَ غَائِبٌ . . فَلِلسَّيِّدِ الْفَسْخُ ، . . . .

حكاه الرافعي عن البغوي ، وقال : مقتضى إطلاق الصيدلاني : أن لا فسخ ، ورأى الإمام : جواز الفسخ ، ونزله منزلة غيبة المال ، **وهذا أصح**[١] .

قوله : (وإن كان غائباً[٢] . . أمهله إلى الإحضار إن كان دون مرحلتين) لأنه بمنزلة الحاضر (وإلا . . فلا) أي : وإن كان على مرحلتين فصاعداً . . لم يجب إمهاله ؛ لطول المدة .

وهذا التفصيل حكاه الرافعي عن ابن الصباغ والبغوي ، وأطلق الإمام والغزالي : جواز الفسخ .

قال في « المهمات » : ونص « الأم » موافق لكلام الإمام ، وتعليله يدل على عدم الفرق بين المسافتين[٣] .

قوله : (ولو حل النجم وهو غائب) أي : المكاتب (. . فللسيد الفسخ) أي : إن شاء بنفسه وإن شاء بالحاكم **في الأصح** ؛ لأن المكاتب كان ينبغي له أن يحضر أو يبعث المال إليه عند المحل .

وقيل : يجب الرفع للحاكم ؛ لأنه نائب الغائبين .

ولا يجب على السيد تأخير الفسخ بكون الطريق مخوفاً أو المكاتب مريضاً .

وكلامه يفهم : جواز سفره بغير إذن سيده ، وهو كذلك **في الأصح** ،

---

(١) الشرح الكبير (١٣/ ٥١١) ، نهاية المطلب (١٩/ ٤٦٦) .

(٢) وفي « المنهاج » وبعض الشروح المطبوعة : (كان ماله غائباً) .

(٣) الشرح الكبير (١٣/ ٥١١) ، نهاية المطلب (١٩/ ٤٦٤) ، الوسيط (٤/ ٤١١) ، المهمات (٩/ ٤٩٥ـ٤٩٦) .

وَلَوْ كَانَ لَهُ مَالٌ حَاضِرٌ . . فَلَيْسَ لِلْقَاضِي الأَدَاءُ مِنْهُ . وَلاَ تَنْفَسِخُ بِجُنُونِ الْمُكَاتَبِ ، وَيُؤَدِّي الْقَاضِي إِنْ وَجَدَ لَهُ مَالاً ، . . . .

وقيل : لا منع للسيد في سفر التجارة ، ويمنع من غيره .

قوله : (ولو كان له مال حاضر . . فليس للقاضي الأداء منه) أي : بل يمكن السيد من الفسخ ؛ لأنه ربما عجز نفسه لو كان حاضراً ، أو امتنع من الأداء .

قوله : (ولا تنفسخ بجنون المكاتب) أي : على النص الذي قطع به الأصحاب ؛ **لأن ما كان لازماً من أحد الطرفين . . لا ينفسخ بجنون أحد المتعاقدين** ؛ كالرهن ، **وإنما ينفسخ بالجنون العقود الجائزة الطرفين ؛ كالوكالة** .

وحكى الإمام : قولاً أو وجهاً بانفساخها بالجنون[١] ، **وهو غريب** .

قال الزركشي : وهو القياس ؛ لأنها جائزة من جهته ، وهذا في الكتابة الصحيحة ، وكذا الفاسدة **على الأصح** .

واعلم : أنها وإن لم تنفسخ ، لكن للسيد فسخها إن لم يكن للمكاتب مال ، فيثبت عند الحاكم الكتابة وحلول النجم ، ويحلف على بقاء استحقاقه ، ثم يمكنه الحاكم من الفسخ .

قوله : (ويؤدي القاضي إن وجد له مالاً) أي : بعد ما قدمناه من الإثبات والتحليف ؛ لأن المجنون ليس أهلاً للنظر لنفسه فناب الحاكم عنه ، بخلاف الغائب الذي له مال حاضر ؛ لبقاء أهليته .

وكلامه قد يفهم : تعين القاضي طريقاً في صحة الأداء ، وليس كذلك ،

---

(١) نهاية المطلب (١٩/ ٣٦٣) .

وَلاَ بِجُنُونِ السَّيِّدِ ، وَيَدْفَعُ إِلَى وَلِيِّهِ ، وَلاَ يَعْتِقُ بِالدَّفْعِ إِلَيْهِ . وَلَوْ قَتَلَ سَيِّدَهُ فَلِوَارِثِهِ قِصَاصٌ ، فَإِنْ عَفَا عَلَى دِيَةٍ ، أَوْ قَتَلَ خَطَأً . . أَخَذَهَا مِمَّا مَعَهُ ، . . .

فلو أداه المجنون له ، أو استقل هو بأخذه . . عتق ؛ لأن قبض النجوم مستحق .

قوله : (ولا بجنون السيد) لأنها لازمة من جهته ، **وعلم منه** : أنها لا تنفسخ بموته أيضاً .

قوله : (ويدفع) أي : النجوم (إلى وليه) لأنه نائب عنه شرعاً (ولا يعتق بالدفع إليه) لأن قبضه فاسد ، وللمكاتب استرداده ؛ لأنه على ملكه ، بخلاف ما لو قبض السيد النجوم من المجنون . . فإنه يعتق ؛ لحصول القبض المستحق .

قوله : (ولو قتل) أي : المكاتب (سيده) أي : عمداً (. . فلوارثه قصاص) أي : كجناية عبد غيره عليه بل أولى ؛ لمقابلته الإحسان بالإساءة .

قوله : (فإن عفا على دية ، أو قتل خطأ . . أخذها) أي : الدية (مما معه) أي : قبل الجناية أو بعدها ؛ لأن السيد مع المكاتب في المعاملات كالأجنبي وكذلك في الجناية .

وظاهره : وجوب الدية بالغةً ما بلغت ، سواء كانت مثل قيمة العبد أو أكثر ، وهذا ما قطع به الماوردي والفوراني(١) .

ولا يقتصر على قيمته ؛ لأنه وجب في ذمته دون رقبته ، فأشبه مال المداينة ، وكذا قطعا به في الجناية على الأجنبي .

وقال الرافعي : فيه القولان في الجناية على الأجنبي ، **وقضيته** : ترجيح

---

(١) الحاوي الكبير (٢٢/١٩٩ـ ٢٠٠) .

فَإِنْ لَمْ يَكُنْ . . فَلَهُ تَعْجِيزُهُ فِي الأَصَحِّ . أَوْ قَطَعَ طَرَفَهُ . . فَاقْتِصَاصُهُ وَالدِّيَةُ كَمَا سَبَقَ .

وجوب الأقل منها ومن قيمته ، وصرح بتصحيحه في « أصل الروضة » ، وجزم به في الكتاب في الجناية على الأجنبي[١] ، وهو مقتضى كلام الجمهور في أنه في ذلك كالأجنبي .

قوله : (فإن لم يكن) أي : في يده مال وكذا إن كان لكنه لا يفي بالأرش . . (**فله تعجيزه في الأصح**) أي : دفعاً للضرر عنه .

والثاني : المنع لأنه إذا عجزه . . سقط الأرش ؛ إذ لا يثبت للسيد على عبده دين بخلاف ما إذا عجزه الأجنبي . . فإن الأرش يتعلق برقبته .

قال البلقيني : وخص البغوي في « تعليقه » الوجهين بقولنا : إن الدية للوارث ابتداء ، أما إذا قلنا : تثبت للميت ابتداء ثم تنتقل للوارث ـ وهو الأظهر ـ : فللوارث تعجيزه قطعاً .

قوله : (**أو قطع طرفه**) أي : طرف سيده . . (**فاقتصاصه والدية كما سبق**) أي : في قتله لسيده ، **ومقتضاه** : وجوب الأرش بالغاً ما بلغ ، **والأصح** : الأقل منها ومن قيمته كما سبق[٢] .

وقال الماوردي والغزالي : إذا كان مستحق الأرش هو السيد . . لا يتعلق الأرش برقبته ؛ لأن الرقبة ملكه قبل الجناية ، وإنما يتعلق بذمته[٣] ، فيلزمه وفاؤه بالغاً ما بلغ ؛ كدين المعاملة ، بخلاف ما إذا كان مستحق الأرش أجنبياً . . فإن حقه يتعلق بالرقبة فلا يزاد عليها .

---

(١) الشرح الكبير (١٣/ ٥٧٦) ، روضة الطالبين (٨/ ٥٤٤) .
(٢) أي : آنفاً .
(٣) الحاوي الكبير (٢٢/ ٢٠٥) .

وَلَوْ قَتَلَ أَجْنَبِيّاً أَوْ قَطَعَهُ فَعُفِيَ عَلَى مَالٍ ، أَوْ كَانَ خَطَأً . . أَخَذَ مِمَّا مَعَهُ وَمِمَّا سَيَكْسِبُهُ الأَقَلَّ مِنْ قِيمَتِهِ وَالأَرْشِ ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَعَهُ شَيْءٌ وَسَأَلَ الْمُسْتَحِقُّ تَعْجِيزَهُ . . عَجَّزَهُ الْقَاضِي وَبِيعَ بِقَدْرِ الأَرْشِ ، فَإِنْ بَقِيَ مِنْهُ شَيْءٌ . . بَقِيَتْ فِيهِ الْكِتَابَةُ ، . . . .

قوله : (ولو قتل أجنبيّاً أو قطعه فعفي على مال أو كان خطأ . . أخذ مما معه ، ومما سيكسبه الأقل من قيمته والأرش) أي : فإن كان الواجب مثل قيمته أو أقل . . أخذ قطعاً ، وإن كان أكثر . . **فالأظهر** : أنه لا يطالب[1] إلا بأقل الأمرين من قيمته وأرش الجناية .

ويستثنى من إطلاقه : ما لو أعتقه السيد بعد الجناية وفي يده وفاء . . **فالمنصوص الذي قطع به الجمهور** : أنه الأرش بالغاً ما بلغ ، وهذا يستثنى أيضاً من الحالة قبله .

قوله : (فإن لم يكن معه شيء وسأل المستحق تعجيزه . . عجزه القاضي وبيع بقدر الأرش) أي : إن زادت قيمته عليه ؛ لأنه القدر المحتاج إليه في الفداء (فإن بقي منه شيء . . بقيت فيه الكتابة) أي : فإذا أدى حصته من النجوم . . عتق ذلك القدر ، وإذا بيع بعضه وعتق باقيه بأداء حصته . . ففي سرايته على السيد وجهان ، حكاهما الماوردي[2] .

نعم ؛ لو كان بيع بعضه قبل حلول النجم فلما حل أدى حصة الباقي . . عتق ولا يسري قطعاً ؛ لأن عتقه لم يقف على اختياره .

ومقتضى كلامه : أنه يعجز جميعه ثم يبيع منه بقدر الأرش ، وليس

---

(١) وفي (أ) : (لا يطالبه) .

(٢) الحاوي الكبير (٢٢/١٥٣) .

وَلِلسَّيِّدِ فِدَاؤُهُ وَإِبْقَاؤُهُ مُكَاتَباً .

وَلَوْ أَعْتَقَهُ بَعْدَ الْجِنَايَةِ ، أَوْ أَبْرَأَهُ . . عَتَقَ وَلَزِمَهُ الْفِدَاءُ . . . .

كذلك ، فإنما يعجز منه القدر الذي يتبعه ؛ ولهذا قال : (**فإن بقي منه شيء بقيت فيه الكتابة**) .

فإن لم يمكن بيع بعضه لعدم راغب . . بيع الجميع ؛ للضرورة ، وما فضل يأخذه السيد ، وبه صرح الرافعي في الجناية على الرقيق .

قوله : (**وللسيد فداؤه وإبقاؤه مكاتباً**) أي : على حاله ؛ لما فيه من الجمع بين حقوق الثلاثة ، وعلى مستحق الأرش القبول **على المذهب** ، ثم فيما يفديه القولان .

قوله : (**ولو أعتقه بعد الجناية أو أبرأه**) أي : من النجوم (. . **عتق ولزمه الفداء**) لأنه فوت عليه الرقبة ؛ كما لو قتله ، وهذا بناء على نفوذ عتق الجاني ، **وهو المشهور** .

وقوله : (**أعتقه**) أي : أنشأ عتقه ؛ ليخرج ما لو عتق بأداء النجوم . . فلا يلزم السيد الفداء ، فإنه يجبر على القبض ، فالحوالة على المكاتب أولى .

وفهم منه : أنه لو كانت الجناية على السيد فأعتقه . . لا يلزمه الفداء ، وهو كذلك ؛ كما لو جنى القن على سيده فأعتقه . . يسقط الأرش عن ذمته ، وقال الإمام : لا يسقط[1] .

والفرق : أن في القن لا مطالبة قبل العتق فكذلك بعده ، وفي المكاتب كانت المطالبة متوجهة قبل العتق .

---

(١) نهاية المطلب (١٩/ ٤٠٢) .

وَلَوْ قُتِلَ الْمُكَاتَبُ. . بَطَلَتْ وَمَاتَ رَقِيقاً ، وَلِسَيِّدِهِ قِصَاصٌ عَلَى قَاتِلِهِ الْمُكَافِىءِ ، وَإِلاَّ . . فَالْقِيمَةُ . وَيَسْتَقِلُّ بِكُلِّ تَصَرُّفٍ لاَ تَبَرُّعَ فِيهِ وَلاَ خَطَرَ ،

قوله : (ولو قتل المكاتب . . بطلت) أي : كتابته (ومات رقيقاً) لفوات محل الكتابة .

وفائدة الحكم برقه : أن للسيد ما يتركه بحكم الملك لا الإرث .

قوله : (ولسيده قصاص على قاتله المكافىء) أي : كالقن لبقائه على ملكه (وإلا . . فالقيمة) أي : وإن لم يكن القاتل مكافئاً . . فالواجب القيمة ؛ لأنها جناية على عبده .

هذا إذا قتله أجنبي ، فإن قتله سيده . . فليس عليه إلا الكفارة ، قاله في « المحرر »[١] .

نعم ؛ لو قطع طرفه . . ضمنه .

قال الجرجاني : وليس لنا من لا يضمن شخصاً ويضمن طرفه غيره .

والفرق : بطلان الكتابة بموته ، وبقاؤها مع قطع طرفه .

قوله : (ويستقل بكل تصرف لا تبرع فيه ولا خطر) أي : كالبيع والشراء والإجارة ونحوها بثمن المثل ؛ لأن مقصود الكتابة تحصيل العتق ، وهو إنما يحصل بالكسب ، وله إيجار رقبته ولو مدة تزيد على النجوم[٢] ؛ كما قاله الماوردي والرافعي ، وحكى وجهاً : أنه لا تزيد على مدة النجوم[٣] .

و(**الخطر**) بتحريك الطاء : الإشراف على الهلاك ، قاله الجوهري[٤] .

---

(١) المحرر (٣/ ١٧٩٢) .

(٢) وفي (أ) : (محل النجوم) .

(٣) الشرح الكبير (١٣/ ٥٤٤) .

(٤) الصحاح (ص : ٣٠٣) .

وَإِلاَّ . . فَلاَ ، وَيَصِحُّ بِإِذْنِ سَيِّدِهِ فِي الأَظْهَرِ .

وَلَوِ اشْتَرَى مَنْ يَعْتِقُ عَلَى سَيِّدِهِ . . صَحَّ ؛ فَإِنْ عَجَزَ وَصَارَ لِسَيِّدِهِ . . عَتَقَ ، . . . .

قوله : (وإلا . . فلا) أي : لا يصح منه تصرف تبرع ؛ كهبة وإبراء ، وبيع محاباة أو خطر ؛ كدفع ماله قراضاً أو قرضاً ، وجعلوا منه البيع نسيئة وإن كان برهن ، فإنه لا تدرى عاقبته ، كذا صححه الرافعي هنا[١] ، وصحح : جوازه في (الرهن) وجعل حكمه حكم ولي الطفل[٢] ، ومال إليه السبكي .

وضابط التبرع المردود : كل ما يحسب من الثلث إذا تبرع في مرض الموت .

قوله : (ويصح بإذن سيده في الأظهر) لأن المنع لحقه وقد رضي به .

والثاني : لا ؛ لأنه ناقص الملك ، والسيد لا يملك ما في يده فلا يصح .

ويستثنى : تبرعه على سيده فيصح قطعاً وإن لم يأذن له السيد ؛ اكتفاء بقبوله بعد[٣] إيجابه .

نعم ؛ لو تبرع بأداء دين السيد على مكاتب آخر وقبله منه السيد . . صح كما لو أذن .

قوله : (ولو اشترى من يعتق على سيده . . صح) أي : لضرورة الحاجة والاسترباح (فإن عجز وصار لسيده . . عتق) أي : على سيده ؛ لدخوله في ملكه ؛ كما لو ورثه أو وصى له به فقبله .

---

(١) الشرح الكبير (١٣/٥٤٦) .

(٢) الشرح الكبير (٤/ ٤٧٠ـ ٤٧١) .

(٣) وفي (أ) : (مع) .

أَوْ عَلَيْهِ . . لَمْ يَصِحَّ بِلاَ إِذْنٍ ، وَبِإِذْنٍ . . فِيهِ الْقَوْلاَنِ ، فَإِنْ صَحَّ . . تَكَاتَبَ عَلَيْهِ ، . . . .

وهل يعتق في حال التعجيز ، أو يتبين به أنه عتق من حين اشتراه ؟ **ظاهر كلام المصنف** : الأول .

وشمل إطلاقه : ما لو اشترى بعض من يعتق على سيده . . فيصح أيضاً ، وإذا رق . . عتق ذلك الشقص على السيد ، وهل يسري إلى الباقي إن كان السيد موسراً ؟ ينظر إن عجز المكاتب نفسه . . لم يسر ، أو عجزه السيد . . فوجهان .

قوله : (أو عليه) أي : اشترى[1] المكاتب من يعتق عليه لو كان حراً (. . لم يصح بلا إذن) لما فيه من ضرر الإنفاق عليه ، ومنعه من التصرف فيه (وبإذن . . فيه القولان) أي : في تبرعاته بالإذن ، **هذا أصح الطريقين** .

والثانية : القطع بالصحة ؛ لأنه قد يستفيد من أكسابه ما يعينه ، قاله الزركشي .

وقال البلقيني : الذي ظهر لي من نصوص الشافعي : أنه لا يصح الشراء وإن أذن سيده ؛ لأن صحة الشراء تقتضي أن يترتب عليه عتقه ، وهو متعذر إذا لم يوجد إذن في العتق ، وهو كشراء المريض مرض الموت من يعتق عليه وعليه دين مستغرق ، **والأصح** : بطلانه خلافاً للرافعي والنووي[2] .

فلو أذن له السيد في الإعتاق . . صح إذا لم يكن الإعتاق عن المكاتب .

قوله : (فإن صح . . تكاتب عليه) أي : فيعتق ، وليس له بيعه إلا أن

---

(١) وفي (ب) : (يشتري) .
(٢) الشرح الكبير (١٣/ ٥٥٢ـ٥٥٣) ، روضة الطالبين (٨/ ٥٢٨) .

وَلاَ يَصِحُّ إِعْتَاقُهُ وَكِتَابَتُهُ بِإِذْنٍ عَلَى الْمَذْهَبِ .

فصل

الْكِتَابَةُ الْفَاسِدَةُ لِشَرْطٍ أَوْ عِوَضٍ أَوْ أَجَلٍ فَاسِدٍ . . . .

يحق[١] فيباع بعضه أو كله ؛ لأنه لا يجوز للمكاتب عليه[٢] أن يفديه ؛ لتنزيله منزلة الشراء .

قال الماوردي : ويجوز أن يتولى بيعه في هذه الحالة المكاتب ؛ لأنه ليس له بيعه في حق نفسه ، وأما في حق غيره . . فهو وكيل .

قوله : (ولا يصح إعتاقه وكتابته بإذن على المذهب) إذا لم نصحح تبرعاته . . فالعتق والكتابة أولى بالمنع ، وإن صححناها . . فقولان ؛ **أظهرهما** : المنع ؛ لأنهما يعقبان الولاء وليس المكاتب من أهله .

وحصل من هذا الترتيب : طريقان ، وصحح في « الشرح الصغير » : طريقة القولين .

وهذا إذا أذن له أن يعتق عن نفسه ، أما لو أعتق عبده عن سيده أو عن غيره بالإذن . . فهو كتبرعه بالإذن حتى ينفذ **في الأظهر** .

(فصل)

[في مشاركة الكتابة الفاسدة الصحيحة]

(الكتابة الفاسدة لشرط) أي : بأن شرط أن أكسابه مشتركة بينهما أو أن عتقه يتأخر عن الأداء ونحوه (أو عوض) أي : بأن كاتبه على خمر أو خنزير أو مجهول (أو أجل فاسد) أي : مجهول ، أو جعله نجماً واحداً .

---

(١) وفي (ب) : (يجيء) .
(٢) وفي (ب) : (عليه) غير موجود .

. . . .

وقوله : (**فاسد**) يعود إلى الثلاثة ، فاحترز بالشرط الفاسد عن الصحيح ؛ كشرط العتق عند الأداء أو استقلاله بالكسب ، وكذا الباقي مما هو من مقتضيات العقد .

ومراده : أن الفاسدة : ما كان الخلل فيها من جهة أحد هذه الأمور ، فإن كان خللها بغير ذلك . . فهي الباطلة .

وفي « الروضة » : **الباطلة هي** : التي اختل بعض أركانها ؛ بأن كان السيد صبياً أو مجنوناً أو مكرهاً ، أو كان العبد كذلك ، أو لم يجر ذكر عوض ، أو ذكر ما لا يقصد ولا مالية فيه ؛ كالحشرات والدم ، أو اختلت الصيغة ؛ بأن لم يوافق أحدهما الآخر ، أو فقد الإيجاب والقبول[١] .

وحكمها الإلغاء ، إلا أنه إذا صرح بالتعليق وهو ممن يصح تعليقه . . يحكم بمقتضاه .

وقال في « الدقائق » : الفاسد والباطل من العقود عندنا سواء إلا في مواضع ؛ منها : الحج والعارية والخلع والكتابة[٢] .

وحكاه عنه الإسنوي والزركشي بلفظ : إلا في أربع ، ثم اعترضا عليه بأن الحصر ممنوع ، بل يتصور الفرق في كل عقد صحيحُه غير مضمون ؛ كالإجارة والهبة وغيرهما ، فإنه لو صدر من سفيه أو صبي وتلفت العين في يد المستأجر أو المتهب . . وجب الضمان ، ولو كان فاسداً . . لم يجب ضمانها ؛ لأن فاسد كل عقد كصحيحه في الضمان وعدمه .

قال الزركشي : ومنه القراض ، وكذا إذا قال : بعتك ، ولم يذكر ثمناً

---

(١) روضة الطالبين (٨/ ٤٨٣) .

(٢) دقائق المنهاج (ص : ١٠٣) .

كَالصَّحِيحَةِ فِي اسْتِقْلَالِهِ بِالْكَسْبِ وَأَخْذِ أَرْشِ الْجِنَايَةِ عَلَيْهِ وَمَهْرِ شُبْهَةٍ ، وَفِي أَنَّهُ يَعْتِقُ بِالأَدَاءِ ....

وسلم ، وتلفت العين في يد المشتري . . ففي وجه : عليه قيمتها ؛ لأنه بيع فاسد ، وفي آخر : لا ؛ إذ لا بيع أصلاً فيكون أمانةً .

قوله : (كالصحيحة في استقلاله بالكسب) لأنه يعتق فيها بالأداء كالصحيحة ، والأداء إنما يكون من الكسب فيكون بمنزلة الصحيحة فيه ، فيمكن من التصرف ليؤدي المسمى ويعتق .

وجزم الرافعي بهذا ثم قال : والذي أورده البغوي : أنه لا ينفذ تصرفه فيما في يده ؛ كما في المعلق عتقه بصفة ، وقال : لعله أقوى[١] .

والأول مبني على أن الصحيحة يملك فيها أكسابه ، وفيه وجهان حكاهما البندنيجي ، وجزم القاضي حسين والبغوي بالمنع[٢] .

وقال الماوردي : **إنه المذهب الجديد** ؛ إذ لا يمكنه تبرع بها .

والذي في « التتمة » و« الشامل » مقابله ، **وهو ظاهر النص** ، فإنه قال : المكاتب قن ممنوع من استهلاك ماله .

قوله : (وأخذ أرش الجناية عليه ومهر شبهة) لأنهما في معنى الأكساب .

قوله : (وفي أنه يعتق بالأداء) أي : بأداء المسمى ؛ لوجود الصفة التي علق العتق عليها .

وكان ينبغي أن يقول : (بالأداء إلى السيد) فإنه لا يعتق بالأداء إلى الوارث والوصي .

---

(١) الشرح الكبير (١٣/ ٤٧٩) .

(٢) التهذيب (٨/ ٤٢٧) .

وَيَتْبَعُهُ كَسْبُهُ ، وَكَالتَّعْلِيقِ فِي أَنَّهُ لاَ يَعْتِقُ بِإِبْرَاءٍ ، وَتَبْطُلُ بِمَوْتِ سَيِّدِهِ ، وَتَصِحُّ الْوَصِيَّةُ بِرَقَبَتِهِ ، ....

قوله : (ويتبعه كسبه) أي : ما يبقى من الكسب إذا عتق ؛ لأن ما حصل في يده من أكسابه له ؛ لأنها جعلت كالصحيحة في العتق فكذا في الكسب ، وكذا أولاده **على المذهب** .

وقضية العتق بالأداء كالصحيحة : أنه يعتق بالأداء قبل حلول النجم أيضاً ، لكن **الأصح** في « الروضة » : المنع ؛ لأن الصفة لم توجد على وجهها[١] .

قوله : (وكالتعليق) أي : بسائر الصفات (في أنه لا يعتق بإبراء) أي : عن النجوم ، وكذا لا يعتق بأداء الغير عنه ؛ لعدم حصول الصفة ، ولأن المغلب على عقد الصحيحة المعاوضة ، وحكم الاستيفاء والإبراء فيها واحد .

قوله : (وتبطل بموت سيده) أي : فلا يعتق بالأداء إلى الوارث بعد الموت ، بخلاف الصحيحة فإنها لا تبطل به .

والفرق : أن الفاسدة جائزة من الجانبين بخلاف الصحيحة .

واقتصر على موت السيد دون العبد ؛ لأنها توافق الصحيحة في موت العبد حيث تنفسخ الكتابة ؛ لأن مورد العقد الرقبة وقد فاتت .

قوله : (وتصح الوصية برقبته) أي : إن كان عالماً بفسادها جزماً ، وتتضمن الوصية فسخ الكتابة ، وكذا إن ظن صحتها **في الأظهر** ؛ كما لو باع ما ظنه لغيره وهو له .

وكان ينبغي أن يقول : (منجزة) ليخالف الصحيحة .

---

(١) روضة الطالبين (٨/ ٤٨٧) .

وَلاَ يُصْرَفُ إِلَيْهِ سَهْمُ الْمُكَاتَبِينَ ، وَتُخَالِفُهُمَا فِي أَنَّ لِلسَّيِّدِ فَسْخَهَا ، . . . . .

فإنه إذا أوصى برقبة المكاتب كتابةً صحيحةً ، وعلق الوصية على غيرها . . فالأصح : الصحة أيضاً .

وعلم امتناع الوصية بما في ذمته ؛ لأنه لا شيء له فيها .

نعم ؛ لو أوصى بما يقبضه منه . . صحت ؛ لأنه أضافها إلى حال تملكه فصار كالوصية .

قال الإمام : وعندي فيه نظر ؛ لأنه لا يملكه إلا بالقبض ، وإنما يعتق بحكم الصفة وهو الأداء ؛ كما يعتق بقبض الخمر إذا كاتبه عليه ثم لا يملكه .

قال في « الاستقصاء » : وقال غيره : ينبغي أن يملكه إذا لم يزد على قدر العبد ؛ لأنهما يرجعان فيه **وهو صحيح** .

قوله : (ولا يصرف إليه سهم المكاتبين) أي : **على الأصح** المنصوص ؛ لأنها غير لازمة والقبض فيها غير موثوق به .

وقيل : يجوز ؛ لشبهه العتق .

وحكى الروياني عن نص « الأم » : أنه لو أخذ سهم الزكاة وأداها . . استرجع من السيد ولم يعتق العبد ؛ لأن فسادها لا يخرجه من الرق[١] .

وجعل في « البيان » **موضع الخلاف** : ما إذا كان فيه وفاء ، فإن لم يكن . . استرجع قطعاً[٢] .

قوله : (وتخالفهما) أي : وتُخالفُ الكتابةُ الفاسدةُ الصحيحةَ والتعليقَ الصحيح (في أن للسيد فسخها) أي : بالفعل ؛ كالبيع ونحوه ، أو بالقول

---

(١) بحر المذهب (٨/ ٢٨٧) .

(٢) البيان (٨/ ٤٩٦) .

وَأَنَّهُ لاَ يَمْلِكُ مَا يَأْخُذُهُ ، بَلْ يَرْجِعُ الْمُكَاتَبُ بِهِ إِنْ كَانَ مُتَقَوَّماً ، وَهُوَ عَلَيْهِ بِقِيمَتِهِ يَوْمَ الْعِتْقِ ، . . . .

على الصحيح كقوله : أبطلت كتابة عبدي ، أو : فسختها .

وجاز ذلك ؛ لأنها يثبت في عقد ضمني ، فغلب حكمه عليها ، بخلاف الصفة المجردة حيث يمتنع الرجوع فيها بالقول .

وأفهم اقتصاره على ذكر السيد : بقاءَ الفسخ للعبد على حاله ، وبه صرح الرافعي في الكلام على بطلان الفاسدة بالموت[(١)] .

قوله : (**وأنه**) أي : السيد (**لا يملك ما يأخذه**) أي : لفساد العقد .

قال البلقيني : **وكلامهم يقتضي** : أنه لا يملكه وقت أخذه ، وعندي أنه يملكه ، فإذا حصل العتق . . ارتفع ذلك الملك .

قوله : (**بل يرجع المكاتب به إن كان متقوماً**) أي : إذا كان باقياً ، وإلا . . رجع بمثله أو قيمته .

والمراد بالمتقوم : ما له قيمة ؛ كما عبر به في « المحرر »[(٢)] ، لا ضد المثلي ؛ ولذلك يرجع بما لا قيمة له إذا كان محترماً ؛ كجلد الميتة قبل الدبغ ، إلا أنه إذا تلف . . لا يرجع ببدله .

قوله : (**وهو عليه**) أي : يرجع السيد على المكاتب (**بقيمته**) أي : لمعنى المعاوضة المعقود عليه (**يوم العتق**) لأنه يوم التلف كالمبيع بيعاً فاسداً إذا تلف .

وفي قول : يوم العقد .

---

(١) الشرح الكبير (١٣/ ٤٨٢) .

(٢) المحرر (٣/ ١٧٩٦) .

فَإِنْ تَجَانَسَا . . فَأَقْوَالُ التَّقَاصِّ ، وَيَرْجِعُ صَاحِبُ الْفَضْلِ بِهِ . قُلْتُ : أَصَحُّ أَقْوَالِ التَّقَاصِّ : سُقُوطُ أَحَدِ الدَّيْنَيْنِ بِالآخَرِ بِلاَ رِضاً ، وَالثَّانِي : بِرِضَاهُمَا ، وَالثَّالِثُ : بِرِضَا أَحَدِهِمَا ، وَالرَّابِعُ : لاَ يَسْقُطُ ، وَاللهُ أَعْلَمُ .

هذا إذا كان الواجب على السيد من غير جنس القيمة .

قوله : (**فإن تجانسا**) أي : إن كان ما دفعه إليه من جنس القيمة على صفتها ؛ كالأثمان ونحوها (. . **فأقوال التَّقَاصّ**) أي : الآتية (**ويرجع صاحب الفضل به**) .

قال الزركشي : **واعلم** : أن ما أطلقوه من التراجع هنا يقتضي : أنه لا فرق بين أن يعلم السيد بفساد الكتابة أم لا ؛ نظراً إلى التعليق ووجود الصفة ، لكن الشافعي في « البويطي » خص التراجع بما إذا لم يعلم السيد بفسادها إلا بعد ما أخذ ، قال : فإن علم بها قبل أن يؤدي . . فالكتابة باطلة وما يأخذه السيد له[١] ، هذا لفظه . انتهى

وقال : لا تنحصر المخالفة للصحيحة فيما ذكره ، بل تلتحق به صور ، فذَكَرَها .

(**قلت : أصح أقوال التقاص : سقوط أحد الدينين بالآخر بلا رضاً ، والثاني : برضاهما ، والثالث : برضا أحدهما ، والرابع : لا يسقط ، والله أعلم**) إذا ثبت لكل واحدٍ من شخصين على صاحبه دين وكانا نقدين واتفقا في الجنس والصفة والحلول . . فأقوال ؛ **أظهرها** : أن التقاص يحصل بنفس ثبوت الدين ، ولا حاجة إلى الرضا ؛ لأن مطالبة أحدهما الآخر بمثل ما عليه عناد لا فائدة فيه .

---

(١) مختصر البويطي (ص : ١١٢٧) .

. . . .

والثاني : يسقط أحدهما بالآخر إن تراضيا ، وإلا . . فلا ؛ لأنها كالحوالة ، فيشترط فيها رضا المحيل والمحتال .

والثالث : يشترط رضا أحدهما ؛ كأحد الشريكين في المتماثلات ، لو دعا شريكه إلى القسمة . . أجبر عليها ولم يعتبر قبوله .

والرابع : لا تسقط وإن تراضيا ؛ لأنه في حكم المعاوضة ؛ كابتداء الدين .

ومحل الأقوال ـ كما قاله صاحب « المغني » ـ فيما إذا أتلف السيد ما دفعه إليه المكاتب ، وإلا . . فهو بالخيار ، إن شاء . . جعله عن قيمته ، وإن شاء . . استرجعه ودفع قيمته من نقد آخر .

وما رجحه المصنف يقتضي جريانه في مسألة المكاتب ، **وهو المنصوص** .

ويؤخذ من كلامه : أن للتقاص **شرطين** : أن يكون في الديون ، وأن يتفقا في الجنس والنوع ، والحلول والأجل .

وأشار إليه بقوله : (**تجانسا**) فلو كان أحدهما دراهم والآخر دنانير ، أو مكسراً والآخر صحاحاً . . لم يقع ، ولو تراضيا بجعل الحال عن المؤجل . . لم يجز **على الأصح** في « الشرح » و« الروضة »[1] ، لكن المنصوص في « **الأم** » : الجواز[2] .

ومقتضى كلام المصنف : التقاص فيما إذا كانا مؤجلين بأجل واحدٍ ، وفيه وجهان بلا ترجيح ، **ومقتضى كلام** « **الشرح الصغير** » : المنع ، قاله

---

(١) الشرح الكبير (١٣/ ٥٣٩) ، روضة الطالبين (٨/ ٥٢٠) .

(٢) الأم (٩/ ٤٠٨) .

فَإِنْ فَسَخَهَا السَّيِّدُ . . فَلْيُشْهِدْ ، . . . .

الزركشي ، وحكاه البلقيني عن البندنيجي ورجحه ، قال : وفي نص الشافعي ما يدل عليه . انتهى

وفي « الروضة » و« أصلها » : إن اختصاص التقاص بالنقود هو المذهب الذي قطع به جمهور العراقيين وغيرهم[١] ، لكن نص في « الأم » فيما إذا كان للسيد على المكاتب مئة صاع حنطة حالة وحرق له مثلها . . كانت قصاصاً وإن كره سيد المكاتب[٢] .

ويشترط أن يكون الدينان مستقرين ، فإن كانا سلمين . . لم يجز قطعاً وإن تراضيا ؛ لامتناع الاعتياض عن دين السلم ، قاله القاضي حسين والماوردي ونص عليه الشافعي[٣] .

وكلام الرافعي يقتضي : الجواز ، وبه صرح في « أصل الروضة »[٤] .
ويشترط كون الدينين لآدمي ، فلو كان له على فقير دين فأراد أن يحسب دينه من الزكاة . . لم يجز حتى يقبضه ثم يرده إليه إن شاء **على الأصح** من « زوائده » في (قسم الصدقات)[٥] .

قوله : (**فإن فسخها السيد . . فليشهد**) أي : احتياطاً ، وليس بشرط ؛ كما قاله الماوردي[٦] ، وحكاه في « البيان » عن الأصحاب .

وتخصيصه السيد يوهم : أن ذلك لا يجري في فسخ غيره ولا فرق .

(١) روضة الطالبين (٨/ ٥٢٠) ، الشرح الكبير (١٣/ ٥٣٩) .
(٢) الأم (٩/ ٤٢٠) .
(٣) الحاوي الكبير (٢٢/ ١٧٩ـ ١٨٠) ، الأم (٤/ ١٧) .
(٤) الشرح الكبير (١٣/ ٥٣٩) ، روضة الطالبين (٨/ ٥٢٠) .
(٥) روضة الطالبين (٢/ ١٨٢) .
(٦) الحاوي الكبير (٢٢/ ٢٢١) .

فَلَوْ أَدَّى الْمَالَ فَقَالَ السَّيِّدُ : كُنْتُ فَسَخْتُ فَأَنْكَرَهُ . . صُدِّقَ الْعَبْدُ بِيَمِينِهِ ، وَالأَصَحُّ : بُطْلاَنُ الْفَاسِدَةِ بِجُنُونِ السَّيِّدِ وَإِغْمَائِهِ وَالْحَجْرِ عَلَيْهِ ، لاَ بِجُنُونِ الْعَبْدِ ، وَلَوِ ادَّعَى كِتَابَةً فَأَنْكَرَ السَّيِّدُ ، أَوْ وَارِثُهُ . . صُدِّقَا ، وَيَحْلِفُ الْوَارِثُ عَلَى نَفْيِ الْعِلْمِ .

قوله : (**فلو أدى المال فقال السيد : كنت فسخت**) أي : قبل أن تؤدي (**فأنكره**) أي : أصل الفسخ ، أو كونه قبل الأداء (. . **صدق العبد بيمينه**) لأن الأصل : عدم الفسخ قبل التفريق .

قوله : (**والأصح : بطلان الفاسدة بجنون السيد وإغمائه والحجر عليه ، لا بجنون العبد**) لأنه لا حظ فيها للسيد بخلاف العبد ، ولأنها تبرع ، فتؤثر فيه ؛ اختلال عقل السيد دون عقل العبد .

وفرق ابن الصباغ ؛ بأن العبد لا يملك إبطال الصفة ، وإنما له أن يعجز نفسه فيفسخ السيد إن اختار ، فإذا كان لا يملك . . لا ينفسخ بجنونه ، وتابعه الرافعي ، وهو مخالف لما صححه : أن للعبد في الكتابة الصحيحة الفسخ .

والثاني : تبطل بجنونهما ؛ لجوازها من الطرفين .

والثالث : عكسه ؛ لأن المغلب فيها التعليق وهو لا يبطل بالجنون[1] .

والمراد : حجر السفه ، فلو حجر عليه بالفلس . . لم تبطل الفاسدة ، ولكنه يباع في الدين ، فإذا بيع . . بطلت ، قاله في « التحرير »[2] .

قوله : (**ولو ادعى كتابةً فأنكر السيد**[3] **أو وارثه . . صدقا**) أي : لأن الأصل عدمها (**ويحلف الوارث على نفي العلم**) والسيد على البت ؛

---

(١) الشرح الكبير (١٣/ ٤٨٦) .

(٢) تحرير الفتاوي (٣/ ٨٥٦) .

(٣) وفي « المنهاج » المطبوع : (فأنكره سيده) .

وَلَوِ اخْتَلَفَا فِي قَدْرِ النُّجُومِ أَوْ صِفَتِهَا.. تَحَالَفَا، ثُمَّ إِنْ لَمْ يَكُنْ قَبَضَ مَا يَدَّعِيهِ.. لَمْ تَنْفَسِخِ الْكِتَابَةُ فِي الأَصَحِّ، ....

أي: جرياً على القاعدة فيهما.

أما لو ادعى السيد الكتابة وأنكر العبد.. ففي «كتاب ابن كج»: إن لم يعترف بأداء المال.. عاد رقيقاً، ويكون إنكاره كتعجيز السيد، وإن اعترف بالقبض وأنه عتق.. فهو حر.

قوله: (ولو اختلفا في قدر النجوم) أي: في مقدار ما يؤدي في كل نجم أو في عدد النجوم (أو صفتها) أي: جنساً ونوعاً وصفةً وقدراً (.. **تحالفا**) أي: على الكيفية السابقة في تحالف المتبايعين[١].

تنبيه: ينبغي أن يكون مراده الاختلاف في القدر الزائد على الواجب.

أما لو قال السيد: كاتبتك على نجم، فقال: بل على نجمين.. فهذا اختلاف فيما يوجب فساد الكتابة، نقل الرافعي فيه عن «التهذيب»: أن القول قول السيد مع يمينه[٢].

قال الزركشي: **والقياس**: ما قاله المصنف وابن الرفعة: أن يكون على القولين في مدعي الصحة والفساد، وحينئذ فما قاله في «التهذيب» تفريع منه على ما رجحه هناك؛ من تصديق مدعي الفساد.

قوله: (ثم إن لم يكن قبض ما يدعيه) أي: السيد (.. **لم تنفسخ الكتابة في الأصح**) قياساً على البيع، والنبي صلى الله عليه وسلم أثبت للمتبايعين التخاير بعد التحالف[٣].

---

(١) أي: في (باب اختلاف المتبايعين).

(٢) الشرح الكبير (١٣/ ٥٣١).

(٣) أخرجه الحاكم (٢/ ٤٨)، والنسائي (٤٦٤٩)، والدارقطني (ص: ٦١٣)، والبيهقي=

بَلْ إِنْ لَمْ يَتَّفِقَا . . فَسَخَ الْقَاضِي ، وَإِنْ كَانَ قَبَضَهُ وَقَالَ الْمُكَاتَبُ : بَعْضُ الْمَقْبُوضِ وَدِيعَةٌ . . عَتَقَ ، وَرَجَعَ هُوَ بِمَا أَدَّى ، وَالسَّيِّدُ بِقِيمَتِهِ ، وَقَدْ يَتَقَاصَّانِ .

وَلَوْ قَالَ : كَاتَبْتُكَ وَأَنَا مَجْنُونٌ أَوْ مَحْجُورٌ عَلَيَّ ، فَأَنْكَرَ الْعَبْدُ . . . . .

والثاني : تنفسخ ؛ لأن العقد إذا انتهى إلى النزاع . . فكأنه لم يكن .

قوله : (بل إن لم يتفقا . . فسخ القاضي) هذا يقتضي تعينه ، **والأصح في** التحالف : أنه لا يتعين القاضي للفسخ ، بل هما يفسخان أو أحدهما ، وإنما يفسخ الحاكم إذا أصرا على النزاع ولم يفسخا ، قاله في « التحرير »[1] .

وكلامه وكلام الزركشي يوهم : الاعتراض على عبارة الكتاب ، وأنها منافية لما في التحالف ، وليس كذلك ؛ لأنه إنما جزم بفسخ القاضي عند عدم اتفاقهما .

قوله : (وإن كان قبضه) أي : قبض السيد ما ادعاه بتمامه (وقال المكاتب : بعض المقبوض وديعة) أي : أودعته إياه ، ولم أدفعه إليه من جهة الكتابة (. . عتق) أي : لاتفاقهما على وقوع العتق على التقديرين (ورجع هو) أي : المكاتب (بما أدى) أي : جميعه (والسيد بقيمته) أي : قيمة العبد ؛ لأنه لا يمكن رد العتق ، فأشبه ما إذا صدر في البيع بعد تلف المبيع في يد المشتري (وقد يتقاصان) أي : إن اتفق الجنسان ؛ كما سبق[2] .

قوله : (ولو قال : كاتبتك وأنا مجنون أو محجور علي ، فأنكر العبد)

= في « الكبير » (١٠٩٠٩) ، وأحمد (٤٥٢٨) عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه .

(١) تحرير الفتاوي (٣/ ٨٦٢) .

(٢) أي : في التقاص آنفاً .

صُدِّقَ السَّيِّدُ إِنْ عُرِفَ سَبْقُ مَا ادَّعَاهُ ، وَإِلاَّ . . فَالْعَبْدُ .

وَلَوْ قَالَ السَّيِّدُ : وَضَعْتُ عَنْكَ النَّجْمَ الأَوَّلَ ، أَوْ قَالَ : الْبَعْضَ ، فَقَالَ : بَلِ الآخِرَ ، أَوِ الكُلَّ . . صُدِّقَ السَّيِّدُ .

وَلَوْ مَاتَ عَنِ ابْنَيْنِ وَعَبْدٍ فَقَالَ : كَاتَبَنِي أَبُوكُمَا ؛ فَإِنْ أَنْكَرَا . . صُدِّقَا ، وَإِنْ صَدَّقَاهُ . . فَمُكَاتَبٌ ، . . . .

أي : فقال : بل كاتبتني وأنت كامل (. . صدق السيد إن عرف سبق ما ادعاه) أي : بيمينه ؛ لقوة جانبه بذلك (وإلا . . فالعبد) أي : وإن لم يعرف سبقه . . صدق العبد ؛ لأجل عدم ما ادعاه .

وأطلق الحجر ، **والمراد** : ما إذا كان بسفه طارىء أو بفلس ، فلو كان بصبا أو سفه مقارن للبلوغ . . لم يحتج لقوله (إن عرف سبق ما ادعاه) .

قوله : (ولو قال السيد : وضعت عنك النجم الأول ، أو قال : البعض ، فقال : بل الآخر ، أو الكل . . صدق السيد) أي : بيمينه ؛ لأن الأصل عدم الوضع وهو أعرف بفعله وإرادته .

وهذا حكاه الرافعي عن « التهذيب » وهو المنصوص في « الأم »[1] .

قوله : (ولو مات عن ابنين وعبد فقال : كاتبني أبوكما ، فإن أنكرا . . صدقا) أي : بيمينهما على نفي العلم بالكتابة ؛ لأن الأصل معهما .

وهذه الصورة قد مرت في قوله : (ولو ادعى كتابة فأنكر سيده أو وارثه) لكن أعادها ؛ لضرورة التقسيم .

قوله : (وإن صدقاه . . فمكاتب) أي : فحكمه حكم ما إذا كاتب عبده ومات عن ابنين . . فإنهما يقومان مقامه ، فإذا استوفيا أو أعتقا أو أبرءا . . عتق .

---

(١) الشرح الكبير (١٣/ ٥٣٤) ، الأم (٩/ ٤٢٣) .

فَإِنْ أَعْتَقَ أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُ . . فَالأَصَحُّ : أَنَّهُ لاَ يَعْتِقُ ، بَلْ يُوقَفُ ، فَإِنْ أَدَّى نَصِيبَ الآخَرِ . . عَتَقَ كُلُّهُ وَوَلاَؤُهُ لِلأَبِ ، وَإِنْ عَجَزَ . . قُوِّمَ عَلَى الْمُعْتِقِ إِنْ كَانَ مُوسِراً ، وَإِلاَّ . . فَنَصِيبُهُ حُرٌّ ، وَالْبَاقِي قِنٌّ لِلآخَرِ . قُلْتُ : بَلِ الأَظْهَرُ : الْعِتْقُ ، وَاللهُ أَعْلَمُ .

قوله : (فإن أعتق أحدهما نصيبه . . فالأصح : أنه لا يعتق) أي : لعدم تمام ملكه (بل يوقف ، فإن أدى نصيب الآخر . . عتق كله) كان ينبغي التعبير بـ(الأظهر) ، فإن الخلاف قولان ، ولهذا عبر به المصنف في استدراكه[1] .

قوله : (وولاؤه للأب) لأنه عتق بحكم كتابته ، ثم ينتقل إليهما للعصوبة ، **وقيل** : للابن .

قوله : (وإن عجز . . قوم على المعتق إن كان موسراً) أي : فيعتق نصيبه الآن ويقوم عليه الباقي ، وولاء الجميع له ، وبطلت كتابة الأب .

والعبرة : بيساره وقت العجز ، لا وقت الإعتاق ؛ لأن نفوذ ذلك العتق عند العجز والتقويم فيعتبر حينئذ ، قاله البلقيني .

واحترز بقوله : (**على المعتق**) : عما إذا كان أحدهما أبرأه عن نصيبه . . فإنه لا يعتق شيء بالعجز ، والعتق في غير الكتابة لا يحصل بالإبراء .

قوله : (وإلا) أي : وإن كان معسراً (. . فنصيبه حر) أي : الذي أعتقه (والباقي قن للآخر) أي : لتعذر السراية بالإعسار ، هذا كله تفريع على الوقف ، ورجحه البلقيني .

(قلت : بل الأظهر : العتق ، والله أعلم) أي : في الحال كما لو كاتبا عبداً أو أعتق أحدهما نصيبه .

---

(١) أي : آنفاً في قوله : (قلت . . .) إلخ .

وَإِنْ صَدَّقَهُ أَحَدُهُمَا . . فَنَصِيبُهُ مُكَاتَبٌ ، وَنَصِيبُ الْمُكَذِّبِ قِنٌّ ، فَإِنْ أَعْتَقَهُ الْمُصَدِّقُ . . فَالْمَذْهَبُ : أَنَّهُ يُقَوَّمُ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مُوسِراً .

قال في « الروضة » : وهو المذهب الذي قطع به الأصحاب[١] ، ومقتضاه : أن يعبر هنا بـ(المذهب) .

وسكت عن السراية على هذا القول ، والأظهر في « الروضة » : المنع ؛ لأن الكتابة السابقة تقتضي حصول العتق بها ، والميت لا يقوم عليه[٢] .

قوله : (وإن صدقه أحدهما . . فنصيبه مكاتب) أي : مؤاخذة له بإقراره (ونصيب المكذب قن) أي : إذا حلف ، ولا نظر لتبعيض الكتابة ؛ لأجل الحاجة ؛ كما صدرت على كله في مرض الموت ، وردت في البعض ؛ لكون الثلث لا يحتملها ، فإن بطلانها فيه لا تؤثر على الصحيح .

قوله : (فإن أعتقه المصدق . . فالمذهب : أنه يقوم عليه إن كان موسراً) اتفقوا على أن المصدق إذا أعتق نصيبه . . عتق .

وهل يسري ؟ فيه طريقان ؛ أحدهما : القطع بثبوتها ؛ لأن منكر الكتابة يقول : إنه رقيق لهما ، وإذا أعتق صاحبه نصيبه . . تثبت[٣] السراية بقوله .

وكلام « الشرح » و« الروضة » يقتضي : ترجيح عدم السراية ؛ لأنهما حكيا طريقين ؛ أحدهما : القطع بالسراية ، والثانية عن الأكثرين : أنه على القولين فيما إذا صدقاه[٤] . وهو صريح في أن الأظهر : عدم السراية ، ويقتضي ضعف طريقة القطع .

---

(١) روضة الطالبين (٨/ ٤٩٢) .
(٢) روضة الطالبين (٨/ ٤٩٢) .
(٣) وفي (أ) : (تبينت) .
(٤) الشرح الكبير (١٣/ ٤٩٥) ، روضة الطالبين (٨/ ٤٩٤) .

. . . .

واحترز بقوله : (**أعتقه**) : عما إذا أدى نصيب المصدق إليه . . فلا سراية جزماً ؛ لأنه مجبر على القبض منه ، ولا اختيار له في العقد .

وعما إذا أبرأه عن نصيبه من النجوم . . **فإن المذهب فيه** : عدم السراية .

وإذا قلنا بالسراية . . ثبتت هنا في الحال ، ولا يأتي القول الآخر القائل بالوقف على العجز ؛ لأن صاحبه منكر للكتابة فلا عجز .

تنبيه : قال في « التوشيح » : قد يستشكل[1] تصحيح السراية ؛ من جهة أن نصيب المصدق محكوم في الظاهر : بأنه مكاتب ، ومقتضى كونه مكاتباً ألاّ يسري .

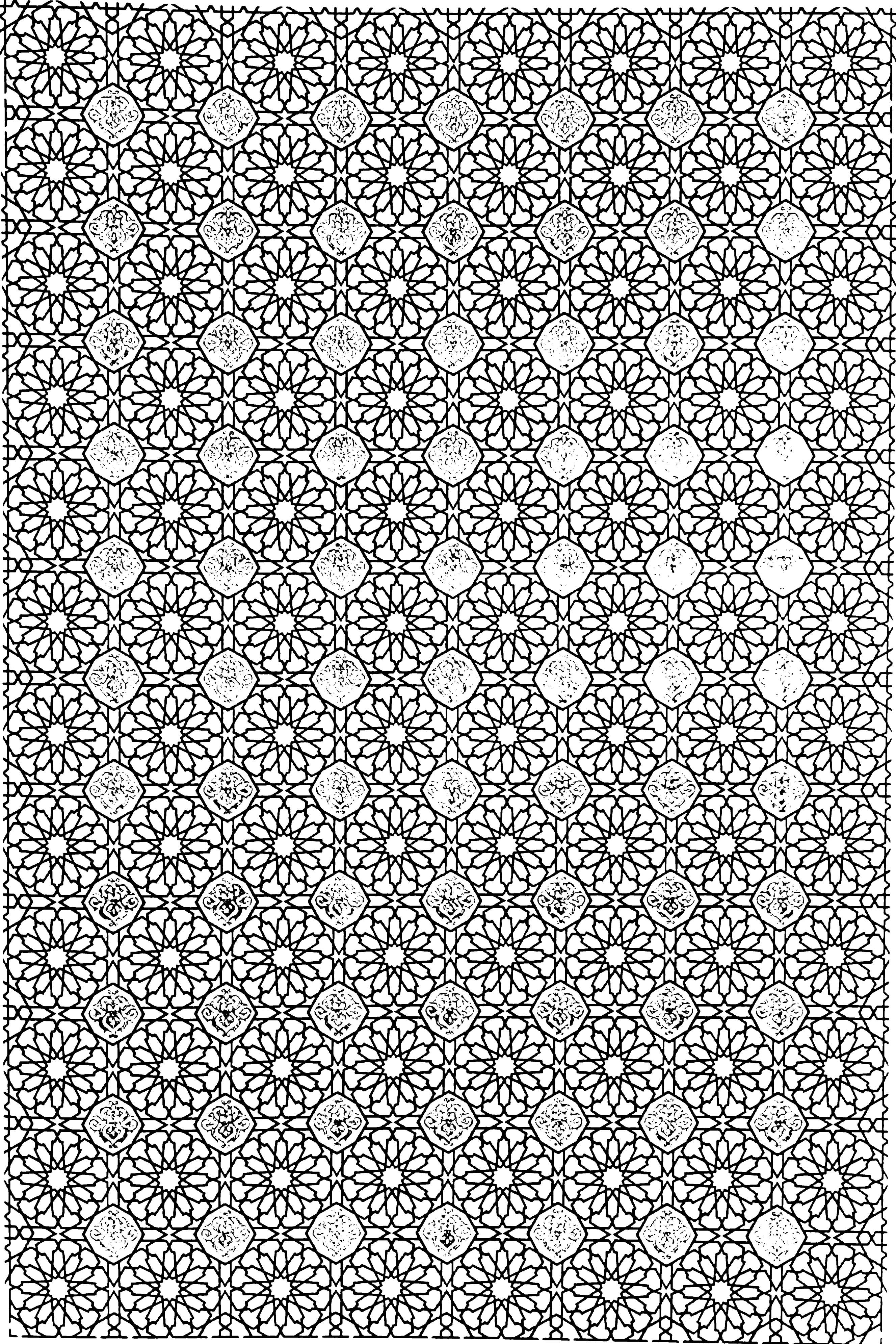
ثم قال : قال أبي رحمه الله : الجواب عن هذا الإشكال : أن المكذب يزعم أن الكل قن ، **ومقتضى ذلك** : أن إعتاق شريكه نافذ ؛ كما لو قال لشريكه في القن : أنت أعتقت نصيبك وأنت موسر . . فإنا نؤاخذه ونحكم بالسراية إلى نصيبه ، لكن هناك لا يلزم شريكه القيمة ؛ لعدم ثبوت إعتاقه بإقراره ، ولا بينته ، وهنا لما ثبتت السراية بإقرار المكذب وهي من أثر إعتاق المصدق وإعتاقه ثابت . . فهو بإعتاقه متلف لنصيب شريكه بالطريق المذكور ، فيضمن قيمة ما أتلفه .

قال : ويزيد ذلك وضوحاً : أنا في العبد المكاتب كله إنما لم نقل بالسراية ؛ لما فيها من إبطال حق الشريك في كتابته ، وهذه العلة مفقودة هنا ، فلا محذور في السراية ؛ فلذلك كان **الأصح** : القول بها ، ولا يمكن أن نقول : يسري ولا يغرم ، والله أعلم .

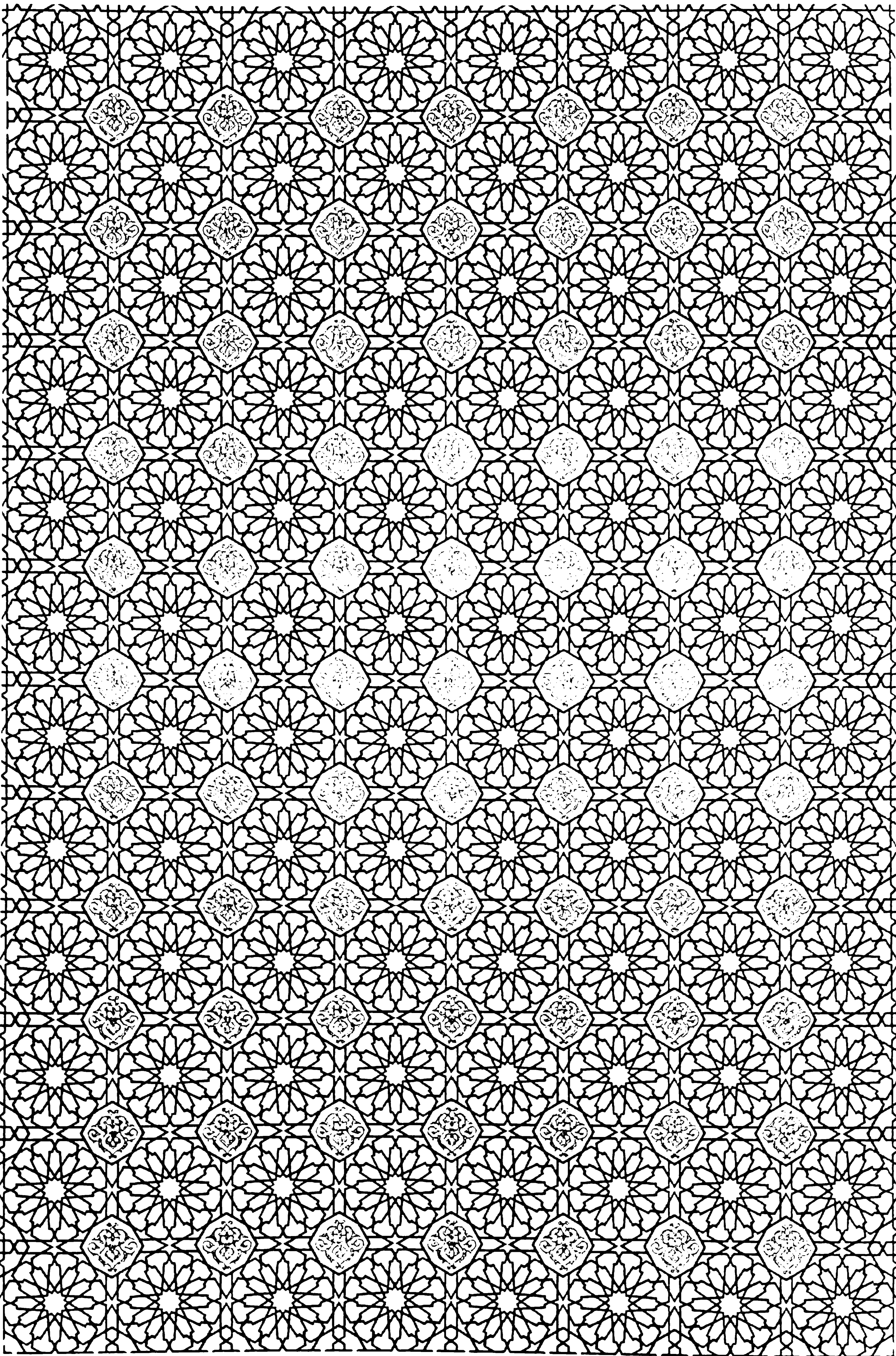
* * *

---

(١) وفي (أ) : (استشكل) .



كتاب أمهات الأولاد



كِتَابُ أُمَّهَاتِ الأَوْلَادِ

إِذَا أَحْبَلَ أَمَتَهُ فَوَلَدَتْ حَيّاً أَوْ مَيْتاً ، أَوْ مَا تَجِبُ فِيهِ غُرَّةٌ . . عَتَقَتْ بِمَوْتِ السَّيِّدِ ، . . . .

(كتاب أمهات الأولاد)

أمهات في الأناسي هو الأصل[١] ، **وأمات** في غيرها ، فأمات فيه أكثر .

والأصل في الباب : أنه صلى الله عليه وسلّم استولد أم إبراهيم وقال : « **أَعْتَقَهَا وَلَدُهَا** » . **ومعناه** : أنه أثبت لها حرمة الحرية ؛ لا أنها أعتقت حقيقة . رواه ابن ماجه والحاكم وصححه هو وابن حزم[٢] ، وأعله غيرهما ، وذكر ابن القطان له إسناداً آخر وقال : إنه جيد .

قوله : (إذا أحبل أمته فولدت حيّاً أو ميتاً ، أو ما تجب فيه غرة . . عتقت بموت السيد) أما في الحي والميت . . فلما روى ابن ماجه عن ابن عباسٍ رضي الله عنهما قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « **أَيُّمَا أَمَةٍ وَلَدَتْ مِنْ سَيِّدِهَا . . فَهِيَ حُرَّةٌ بَعْدَ مَوْتِهِ** » . وصحح الحاكم إسناده ، وليّنه البيهقي[٣] .

وأما في موجب الغرة . . فلما روى البيهقي : أن عمر رضي الله عنه قال في

---

(١) وفي (أ) : (في الأناس من الناس هو الأصل) .

(٢) سنن ابن ماجه (٢٥١٦) ، المستدرك (٢/ ١٩) ، المحلى (٧/ ٥٠٥) عن ابن عباس رضي الله عنهما . وراجع « التلخيص الحبير » (٤/ ٥٠٢) .

(٣) سنن ابن ماجه (٢٥١٥) ، المستدرك (٢/ ١٩) ، السنن الكبير (٢١٨١١) عن ابن عباس رضي الله عنهما .

....

أم الولد : (أعتقها ولدها وإن كان سقطاً)[١] .

وعلم من قوله : (أو ما تجب فيه غرة) اعتبار ظهور التخطيط للقوابل وإن خفي على غيرهن ، أما إذا لم يظهر فيه شيء وقلن : إنه خلق آدمي ولو ترك لتخلق . . فلا غرة ولا استيلاد ، لكن تنقضي به العدة .

وشمل إطلاقه الإحبال : الوطء المباح والحرام بسبب حيض وإحرام ونكاح وإسلام .

وألحق بملك جميعها : ما إذا ملك بعضها وهو موسر بقيمة الباقي ، وهو صريح في أن الحرية لا يتبعض في الولد ، وصححه في « الشرح الصغير » ، **وقيل** : يتبعض وصححه في « الروضة » آخر (باب الكتابة)[٢] .

وما جزم به ؛ من العتق **هو المشهور** ، وحكى القاضي حسين عن القديم : أنها لا تعتق بموته ، ونفاه العراقيون .

وهذا إذا كان مسلماً .

أما الكافر إذا أسلمت مستولدته . . فهل يجبر على عتقها في الحال ، أو يحال بينهما وجهان ؛ **أصحهما** : الثاني .

وتعبيره بالإحبال يقتضي : اعتبار فعله ، فلو استدخلت ذكره ، أو ماءه المحترم[٣] وعلقت منه . . لا تعتق .

قال الزركشي : **والظاهر** : خلافه ، لأنه يُثبت النسب ، ويؤيده رواية

---

(١) السنن الكبير (٢١٨١٧) .

(٢) روضة الطالبين (٨/ ٥٣٦) .

(٣) وفي (أ) و(ب) : (المحرم) .

. . . .

الدارقطني : « أَيُّمَا أَمَةٍ وَلَدَتْ مِنْ سَيِّدِهَا . . فَهِيَ حُرَّةٌ عَنْ دُبُرِهِ »[١] .

وقوله : (**أو ما تجب فيه غرة**) **يعلم منه** : أنه لا يشترط انفصال جميعه ، فلو أخرج رأسه وباقيه مجتن ثم مات السيد . . عتقت ، وبه صرح الدارمي هنا ، فقال : وكذلك لو وضعت عضواً ، ثم وضعت الباقي ، أو لم تضع .

وشمل إطلاقه موته : ما لو قتلته ، وبه صرح الرافعي في أول (الوصية) قال : ويعتق وإن استعجلت ؛ لأن الإحبال كالإعتاق[٢] ، ولهذا يسري لنصيب الشريك .

وكذا مستحق الدين المؤجل إذا قتل من عليه الدين . . حل الأجل .

وهذا إذا لم يزاحم حق الغير ، فإن زاحم ؛ بأن استولد الجارية التي تعلق بها رهن أو أرش جناية واستمر حتى مات السيد . . فإنها لا تعتق بموته .

وفي معناها : المحجور عليه بالفلس إذا أولدها بعد الحجر ، لكن سبق في باب (الفلس) عن « الحاوي » والغزالي : النفوذ .

تنبيه : قال الزركشي : كان حقه أن يقيد بـ(الحر) ليحترز عن المكاتب ، فإنه لو أحبل أمته ثم مات رقيقاً قبل العجز أو بعده . . لم تعتق بموته **على الأصح** .

وعن المبعض ، فإنه ليس بأهلٍ للعتق لا ينفذ استيلاده ، وانعقاد الولد حراً لا يتوقف على حرية الأب ، لكن عن نص « الأم » نفوذ استيلاده ، وبه جزم الماوردي ، وفرضه فيما إذا تسرى بإذن السيد ما ملكه ببعضه الحر[٣] .

---

(١) سنن الدارقطني (ص : ٩٥٧) عن ابن عباس رضي الله عنهما .
(٢) الشرح الكبير (٧/ ٢١) .
(٣) الأم (٦/ ١١٩) ، الحاوي الكبير (١١/ ١٨٩) .

أَوْ أَمَةَ غَيْرِهِ بِنِكَاحٍ . . فَالْوَلَدُ رَقِيقٌ ، وَلاَ تَصِيرُ أُمَّ وَلَدٍ إِذَا مَلَكَهَا ، أَوْ بِشُبْهَةٍ . . فَالْوَلَدُ حُرٌّ ، وَلاَ تَصِيرُ أُمَّ وَلَدٍ إِذَا مَلَكَهَا فِي الأَظْهَرِ .

قوله : (أو أمة غيره بنكاح) أي : أو زناً (. . فالولد رقيق) أي : لسيدها بالإجماع ؛ لأن الولد يتبع أمه في الرق والحرية .

ويستثنى : أمة ولده الذي لم يستولدها ، فإن أولدها الأب . . صارت أم ولد له ، وما إذا نكح وغرّ بحريتها . . فالولد حر ، وفي ثبوت الاستيلاد إذا ملكها القولان في الشبهة .

قوله : (ولا تصير أم ولد إذا ملكها) أي : من بعد الإحبال السابق ؛ لأن ثبوت الحرية للأم فرع ثبوتها للولد ، وهو هنا رقيق .

ولو ملك الولد . . عتق عليه إن كان من نكاح ، لا من زنا .

قوله : (أو بشبهة) بأن ظنها زوجته الحرة ، أو أمته ؛ كما قيده في « المحرر »[١] (. . فالولد حر) عملاً بظنه ، فلو ظنها زوجته الأمة . . فالولد رقيق ، **وقيل** : حر ، وزيفه الإمام[٢] ، وهي واردة على الكتاب .

وقال الزركشي : أطلق الشبهة ، **ومقتضى تعليلهم** : إرادة شبهة الفاعل ، فتخرج الشبهة في الطريق والحرمة التي أباح الوطء بها عالم ، وكما لو أكره على وطء أمة الغير ، ويبعد القول بحرية الولد ؛ لانتفاء العلة ، وهي : ظن الزوجية .

قوله : (ولا تصير أم ولد إذا ملكها في الأظهر) لأنها علقت به في غير ملكه فأشبه ما لو علقت به في نكاح . **والثاني** : تصير ؛ لأنها علقت بحر وهو سبب في الحرية بعد الموت .

---

(١) المحرر (٣/ ١٨٠١) .

(٢) نهاية المطلب (١٧/ ٥٢٠ـ ٥٢١) .

وَلَهُ وَطْءُ أُمِّ الْوَلَدِ ....

ويستثنى من إطلاقه ولد الأب الحرّ من أمة ابنه ، وكذا ولد الشريك يصير به أمّ ولد **على الأصحّ** إن كان موسراً ، فإن كان معسراً . . ثبت الاستيلاد في نصيبه خاصة ، وكذا الأمة المشتركة بين فرع الواطئ وأجنبي إذا كان الأصل معسراً .

ومحل الخلاف فيما لو ظنّها زوجته الحرّة أو أمته ، وإلا . . فلا يصير به قطعاً ، وكذا محلّه في الحرّ ، فلو وطئ العبد جارية غيره شبهة ثمّ عتق وملكها . . لا يصير به قطعاً ؛ لأنه لم ينفصل من حرٍّ .

قوله : (وله وطء أم الولد) للإجماع ، ولقول عمر رضي الله عنه : أيما وليدةٍ ولدت من سيدِها . . فإنه لا يَبيعُها ولا يَهبُها ولا يُوَرثها ويَستمتعُ بها ، فإذا مات . . فهي حرةٌ . رواه مالك في « الموطأ »[1] .

واستثنى الجرجاني منه : أمةَ الكافر إذا أسلمت ، **وأخته من الرضاع** إذا أحبلها جاهلا بالتحريم ، فإنها تصير مستولدة ووطءها ممتنعٌ[2] .

واستثنى الجيلي ثالثةً : وهو أن يطأ موطوءة أبيه ، فتصير أم ولد **على الأصحّ** ، ولا يحلّ له وطءها .

قال الزركشي والدميري : **ويشتثنى رابعة** ، وهي لو أولد مكاتبته . . فإنها تصير أمّ ولد ، ولا يحلّ له وطءها ما دامت الكتابة الصحيحة باقية[3] .

واستثنى البلقيني : المبعّض إذا ملك جارية ببعضه الحرّ واستولدها . . فإنها يثبت الاستيلاد **على أرجح القولين** ، وليس له وطءها إلا بإذن مالك بعضه[4] .

(١) الموطأ (١٥٤١) .
(٢) التحرير (٢/ ٤٥٣) .
(٣) النجم الوهاج (١٠/ ٥٨٧) .
(٤) التدريب (٤/ ٤٦٤) .

وَاسْتِخْدَامُهَا وَإِجَارَتُهَا وَأَرْشُ جِنَايَةٍ عَلَيْهَا ، وَكَذَا تَزْوِيجُهَا بِغَيْرِ إِذْنِهَا فِي الأَصَحِّ . وَيحْرُمُ بَيْعُهَا . . . .

قوله : (واستخدامها وإجارتها وأرش جناية عليها) تبعاً لملكه عليها ، وله أيضاً كتابتها ؛ لأنه يملك كسبها ، فإذا أعتقها على صفة . . جاز .

وقوله : (عليها) ليس بقيد ، بل أرش الجناية على أولادها كذلك .

وعلم من جواز الإجارةِ جواز الإعارةِ من باب أولى ؛ لأنها إرفاقٌ .

قوله : (وكذا تزويجها بغير إذنها في الأصحّ) لأنه يملك[١] الرقبة والمنفعة ؛ كالمدبرة ، **والثاني** : يعتبر إذنها ، فإنها مستحقة للعتاقة ، واختاره الفارقي وابن أبي عصرون ، **والثالث** : لا يجوز وإن رضيت ؛ لأنها ناقصة في نفسها وولاية السيد عليها ناقصة أيضاً ؛ فأشبهت الصغيرة إذا زوّجها الأخ برضاها .

وعلى هذا قيل : يزوجها القاضي برضاها ، وقيل : لا ، ويجري الخلاف في تزويج بنتها .

وتعبيره بـ : (**الأصحّ**) وافق فيه عبارة « الروضة » في النكاح[٢] . والذي فيها و« أصلها » هنا أقوال[٣] ، **وهو الصواب** .

وهذا إذا كان مسلماً ، فإن كان كافراً وهي مسلمة . . فليس له تزويجها على الأصحّ .

قوله : (ويحرم بيعها) لما سبق عن عمر رضي الله عنه ، وأجمع

---

(١) في (أ) : (لأنه لا يملك) ، وفي (ب) : (لا يملك) ، والمثبت موافق لما في « النجم الوهاج » ، و« عمدة المحتاج » ، و« تحفة المحتاج » .

(٢) روضة الطالبين (٦/ ٤١٠) .

(٣) الشرح الكبير (١٣/ ٥٨٨) ، روضة الطالبين (٨/ ٥٥٣) .

. . . .

التابعون ومن بعدهم عليه .

قال في « شرح المهذّب » : **هذا هو المعتمد في المسئلة إذا قلنا : الإجماع بعد الخلاف يرفع الخلاف**[١] .

وعن القديم : الجواز ؛ لقول جابر رضي الله عنه : كنا نبيع سرارينا أمهات الأولاد والنبي صلّى الله عليه وسلّم حيٌّ لا يرى بذلك بأساً . رواه أبو داود[٢] ، وهو منسوخ ، فإن ابن أبي شيبة رواه في « مصنفه » ثمّ قال : وذكر لي أنه رجع عنه ، **وقيل** : إنّ النبي صلّى الله عليه وسلّم لم يعلم بذلك ؛ كما قال ابن عمر رضي الله عنهما : كنا نُخابِرُ أربعين سنةً لا نرى بذلك بأساً حتى أخبرنا رافع بن خديج رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلّم نهى عن المخابرة فتركناها[٣] .

وقد تشمل عبارته منه كتابتها ؛ لأن الكتابة اعتياض عن الرقبة ، ونقله الروياني عن النص ، لكن رجّح الرافعي الجواز[٤] .

واستثنى ابن القاص وغيره من منع بيعها المرهونة إذا كان المالك معسراً ، أو الجارية أمّ ولد المكاتب إذا أثبتنا الاستيلاد منه .

قال الزركشي : **ويستدرك** : ما لو باعها من نفسها . . **فيصحّ على الظاهر** ؛

---

(١) المجموع (٩/ ٢٣٠) .
(٢) أخرجه بهذا اللفظ ابن حبان في « صحيحه » (٤٣٢٣) ، وأخرجه أبو داود (٣٩٥٤) ولكن بلفظ : (بعنا أمهاتِ الأولادِ على عهد رسولِ الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكرٍ فلما كان عمرُ نهانا فانتهينا) .
(٣) أخرجه مسلم (١٠٦/١٥٤٧) وليس فيه : (أربعين سنة) ، ولعل الشيخ تبع في ذلك الدميري في « النجم الوهاج » (١٠/ ٥٨٩) .
(٤) الشرح الكبير (١٣/ ٤٧٠) .

وَرَهْنُهَا وَهِبَتُهَا .

وَلَوْ وَلَدَتْ مِنْ زَوْجٍ أَوْ زِناً . . فَالْوَلَدُ لِلسَّيِّدِ يَعْتِقُ بِمَوْتِهِ كَهِيَ ، . . . . . .

كما نقله الرافعي والنووي عن « فتاوى القفّال » ؛ لأنه عقد عتاقة في الحقيقة[١] .

نعم ؛ لو أقرّ بحريتها ثمّ اشتراها . . فينبغي أن يصحّ قطعاً ؛ لأنه من جانبه افتداء **على الصحيح** ، وقال : التحريم لا يستلزم البطلان ، فلو قال : لا يصح . . لكان أولى .

قوله : (ورهنها وهبتها) لأن الهبة نقل الملك والرهن مسلط عليه فاشتبها البيع ، وإنّما ذكرهما المصنّف مع أنه إذا حرم بيعها . . حرم رهنها وهبتها ؛ للتنبيه على أن تعاطي العقود الفاسدة حرامٌ ، وإن لم يتّصل بها المقصود ؛ كما نص عليه في « الأمّ » .

قوله : (ولو ولدت من زوج أو زنا) ؛ أي : بعد الاستيلاد (. . **فالولد للسيد يعتق بموته كهي**) كما حكاه ابن المنذر عن أكثر الفقهاء ؛ لأنّ الولد يتبع أمّه في الرقّ والحريّة ، وكذا في سببهما اللازم ، بخلاف ولد المدبرة والمكاتبة ؛ لقوّة الاستيلاد فإنّه لا يرتفع بحالٍ بخلافهما ، ولا يتوفق عتقه على عتق الأمّ ، فلو مات قبل موت السيّد . . بقي حكم الاستيلاد في حقّ الولد .

ولو أعتق الأمّ . . لم يعتق ، بخلاف ولد المكاتبة فإنه يعتق بعتقها .

ومحل ذكره : ما لم تبع ، فإن بيعت في رهن أو جناية ، فولدت من زوج أو زنا ثم ملكها المستولد وأولادها[٢] . . لم يثبت لهم حكم أمهم **في الأصحّ** ،

---

(١) الشرح الكبير (١٣/ ٥٩٢) ، روضة الطالبين (٨/ ٥٥٥) .

(٢) في النسختين : (أولدها) ، والتصويب من « تحرير الفتاوي » (٣/ ٨٦٨) وغيرها من المراجع .

وَأَوْلاَدُهَا قَبْلَ الاسْتِيلاَدِ مِنْ زَوْجٍ ، أَوْ زِناً لاَ يَعْتِقُونَ بِمَوْتِ السَّيِّدِ ، وَلَهُ بَيْعُهُمْ ، وَعِتْقُ الْمُسْتَوْلَدَةِ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ .

ذكره في « الروضة » و« أصلها » في أواخر الإقرار بالنسب[١] .

وقوله : (كهي) فيه جر المضمر بالكاف ، **وهو شاذٌّ** .

قوله : (وأولادها قبل الاستيلاد من زوج أو زنا لا يعتقون بموت السيّد ، وله بيعهم) أي : إذا ولدوا في ملكه ؛ لحدوثهم قبل أن يثبت لها سبب الحرية .

قوله : (وعتق المستولدة من رأس المال) فتقدم على الديون والوصايا ؛ لظاهر قوله صلّى الله عليه وسلّم « **أَعْتَقَهَا وَلَدُهَا** »[٢] . سواء استولدها في الصحّة أو المرض ؛ لأن هذا إتلاف في غرض فأشبه ما لو أتلفه في طعامه وشرابه ، وأشار الإمام إلى احتمال بعتقها من الثلث ؛ تفريعاً على القديم ؛ من تجويز بيعها في الحياة مع العتق بالموت ؛ كالمدبرة[٣] ، وقال في « شرح المهذّب » : **الأقوى** : من رأس المال لتأكد حقّها[٤] ، قال الزركشي : لو وصى بها من الثلث لقصد الرفق بالورثة فهل ينفذ كما تصحّ الوصية بحجة الإسلام من الثلث ؟ **الظاهر** : المنع ؛ لأن المستولدة كالمال الذي يتلفه بالأكل والشرب في حال المرض فلا يحسب من الثلث ، وهي تعتق من رأس المال بمجرد الموت ، فليس للوصية هنا معنىً ، وقال : ما ذكره لا يختص بالمستولدة ؛ كما توهمه عبارته ؛ فإن أولادها الحادثين أرقاء له كذلك .

---

(١) الشرح الكبير (٥/ ٣٥٨) ، روضة الطالبين (٤/ ٦٥) .
(٢) أخرجه الحاكم (٢١٩١) ، (٢/ ٢٣) ، وابن ماجه (٢٥١٦) عن ابن عباس رضي الله عنهما .
(٣) نهاية المطلب (١٩/ ٤٩٨) .
(٤) المجموع (٩/ ٢٣٠) .

وَبِاللهِ التَّوْفِيقُ ، اَلْحَمْدُ للهِ الَّذِي هَدَانَا لِهَذَا وَمَا كُنَّا لِنَهْتَدِيَ لَوْلاَ أَنْ هَدَانَا اللهُ.

ولا يقال : هذا معلوم من قوله أولاً في الولد : (يعتق بموته كهي) لأن ذلك في أصل العتق وهذا في كيفية احتسابه ولو قدم هذا على ذاك. . اندفع الاعتراض .

فائدة : اختلف في النطفة قبل تمام الأربعين هل لها حرمة على قولين حكاهما المحب الطبري في أوائل الأحكام ، فقيل : لا تثبت لها حكم السقط المتحلق ، **وقيل** : لها حرمة ولا يباح إفسادها ولا التسبب في إخراجها بعد الاستقرار في الرحم ، بخلاف العزل فإنه إنما يفوت حصولها فيه .

قوله : (وبالله التوفيق ، الحمد لله الذي هدانا لهذا وما كنا لنهتدي لو لا أن هدانا الله) قال الأستاذ الإمام جمال الإسلام أبو القاسم القشيري رحمه الله تعالى : في قول أهل الجنة هذا اعتراف منهم وإقرار بأنهم لم يصلوا إلى ما وصلوا إليه ؛ من حسن تلك العطيات وعظم تلك المراتب والمقامات بحمدهم واستحقاق فعلهم ، وإنّما ذلك أجمع ابتداء فضل منه ولطف ، فأورده المصنّف لهذا المعنى ، وختم بالصلاة التي جمعها من اختلاف الروايات في الصلاة على النبي صلّى الله عليه وسلّم ، فقال : اللهمّ ؛ صلّ على محمد عبدك ورسولك النبي الأمي ، وعلى آل محمد وأزواجه وذريته ؛ كما صلّيت على إبراهيم وعلى آل إبراهيم ، وبارك على محمد النبي الأميّ وعلى آل محمد وأزواجه وذرّيته ؛ كما باركت على إبراهيم وعلى آل إبراهيم في العالمين إنك حميد مجيد ، واختم لنا منك بخير ، وأصلح لنا شأننا كلّه ، وافعل ذلك بإخواننا وأحيائنا وسائر المسلمين آمين . سبحان ربك ربّ العزة عما يصفون وسلام على المرسلين والحمد لله ربّ العالمين .

* * *

المصادر والمراجع

(أ)

- **الابتهاج في شرح المنهاج** (قطعة منه، وهي «كتاب الصداق»)، للإمام أبي الحسن تقي الدين علي بن عبد الكافي السبكي (ت ٧٥٦هـ)، تحقيق عبد الحميد بن صالح بن عبد الكريم الكراني الغامدي.
- **إتحاف السادة المتقين بشرح إحياء علوم الدين**، للعلامة السيد محمد بن محمد الحسيني الزبيدي الشهير بمرتضى (ت ١٢٠٥هـ)، ط٥، (٢٠١٢م)، دار الكتب العلمية، لبنان.
- **الأحاديث المختارة**، لضياء الدين أبي عبد الله محمد بن عبد الواحد المقدسي (ت ٦٤٣هـ) تحقيق عبد الملك بن عبد الله بن دهيش، ط٣، (١٤٢٠هـ) (٢٠٠٠م)، دار خضر، بيروت، لبنان.
- **الأحكام السلطانية والولايات الدينية**، للإمام علي بن محمد بن حبيب الماوردي (ت ٤٥٠هـ)، تحقيق خالد عبد اللطيف السبع العلمي، ط٢، (١٩٩٤م)، دار الكتاب العربي، لبنان.
- **الأحكام الشرعية الكبرى**، للإمام العلامة عبد الحق بن عبد الرحمن الأندلسي الأشبيلي، المعروف بابن الخراط (ت ٥٨١هـ)، تحقيق أبو عبد الله حسين بن عكاشة، ط١، (٢٠٠١م)، مكتبة الرشد، السعودية.
- **الأحكام الشريعة الصغرى**، للإمام عبد الحق بن عبد الرحمن الأزدي الأندلسي الإشبيلي المعروف بابن الخراط (ت ٥٨١هـ)، تحقيق أم محمد بنت أحمد الهليس، ط١، (١٤١٣هـ) (١٩٩٣م)، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، مكتبة العلم، جدة.
- **أحكام القرآن**، للإمام محمد بن إدريس الشافعي (ت ٢٠٤هـ)، تحقيق أبي عامر عبد الله شرف الدين الداغستاني، ط١، (١٤٤١هـ) (٢٠٢٠م)، شركة آفاق المعرفة، الرياض.
- **إحياء علوم الدين**، لحجة الإسلام محمد بن محمد بن محمد الغزالي (ت ٥٠٥هـ)، عني به اللجنة العلمية بدار المنهاج، ط١، (٢٠١٦م)، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة.
- **اختلاف الحديث**، للإمام محمد بن إدريس الشافعي (ت ٢٠٤هـ)، تحقيق رفعت فوزي عبد المطلب (وهو الجزء العاشر من تحقيقه لـ«الأم»)، ط٤، (١٤٣٣هـ) (٢٠١١م)، دار الوفاء، دار ابن حزم، بيروت، لبنان.

- **آداب الشافعي ومناقبه**، للإمام الجليل أبي محمد عبد الرحمن بن أبي حاتم الرازي (ت ٣٢٧هـ)، تحقيق عبد الغني عبد الخالق، ط٢، (٢٠١٢م)، دار الكتب العلمية، لبنان.
- **أدب القضاء**، وهو: «الدرر المنظومات في الأقضية والحكومات»، للإمام القاضي شهاب الدين أبي إسحاق إبراهيم بن عبد الله، المعروف بابن أبي الدم الحموي (ت ٦٤٢هـ)، تحقيق الدكتور محمد مصطفى الزحيلي، ط٢، (١٩٨٢م)، دار الفكر، دمشق.
- **الأدب المفرد**، للإمام الحافظ محمد بن إسماعيل البخاري (ت ٢٥٦هـ)، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، ط١، (١٤٠٩هـ) (١٩٨٩م)، دار البشائر الإسلامية، بيروت.
- **الأذكار من كلام سيد الأبرار**، المسمى: «حلية الأبرار وشعار الأخيار في تلخيص الدعوات والأذكار المستحبة في الليل والنهار»، للإمام العلامة المجتهد محيي الدين بن يحيى بن شرف النووي (ت ٦٧٦هـ)، ط٥، (٢٠١٤م)، دار المنهاج، السعودية.
- **الاستذكار**، للإمام العلامة يوسف بن عبد الله القرطبي المعروف بابن عبد البر (ت ٤٦٣هـ)، تحقيق سالم محمد عطا ومحمد علي معوض، ط١، (٢٠٠٠م)، دار الكتب العلمية، لبنان.
- **الاستيعاب في معرفة الأصحاب**، للإمام الحافظ أبي عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر القرطبي النمري (ت ٤٦٣هـ)، تحقيق عادل مرشد، ط١، (٢٠٠٢م)، دار الأعلام، الأردن.
- **الأسماء والصفات**، للإمام الحافظ أبي بكر الحسين بن علي البيهقي (ت ٤٥٨هـ)، تحقيق عبد الله بن عامر، ط١، (٢٠٠٢م)، دار الحديث، القاهرة.
- **أسنى المطالب**، للإمام الفقيه شيخ الإسلام زكريا بن محمد بن أحمد الأنصاري (ت ٩٢٦هـ)، مع الحاشية للشيخ شهاب الدين أحمد الرملي الكبير (ت ٩٥٧هـ)، تحقيق الدكتور محمد محمود تامر، ط٢، (٢٠١٣م)، دار الكتب العلمية، لبنان.
- **الإشارة في الفقه على مذهب الإمام الشافعي**، للإمام أبي الفتح سُلَيم بن أيوب الرازي الشافعي (ت ٤٤٧هـ)، تحقيق رياض منسي العيسى، ط١، (١٤٣٥هـ) (٢٠١٤م)، دار الضياء، الكويت.
- **الإشراف على مذاهب العلماء**، للإمام الفقيه محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري (ت ٣١٩هـ)، تحقيق صغير أحمد الأنصاري أبو حماد، ط١، (٢٠٠٤م)، مكتبة مكة الثقافية، رأس الخيمة ـ الإمارات العربية المتحدة.

- **الإشراف على نكت مسائل الخلاف**، للقاضي أبي محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي المالكي (ت ٤٢٢هـ)، تحقيق الحبيب بن طاهر، ط١، (١٤٢٠هـ) (١٩٩٩م)، دار ابن حزم، بيروت.

- **الإصابة في تمييز الصحابة**، للإمام الحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني (ت ٨٥٢هـ)، طبعة مصورة لدى دار الكتب العلمية عن النسخة المطبوعة في دار الكتب بالأزهر الشريف بمصر.

- **الأعلام**، وهو قاموس تراجم لأشهر الرجال والنساء من العرب والمستعربين والمستشرقين، للأديب الكبير خير الدين بن محمود بن محمد الزركلي (ت ١٣٩٦هـ)، ط٤، (١٩٧٩م)، دار العلم للملايين، لبنان.

- **الإقناع في الفقه الشافعي**، لأبي الحسن علي بن محمد الماوردي (ت ٤٥٠هـ)، تحقيق خضر محمد خضر، ط١، (١٤٢٠هـ)، دار إحسان، طهران، إيران.

- **الإقناع**، للإمام المجتهد أبي بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري (ت ٣١٨هـ)، تحقيق عبد الله بن عبد العزيز الجبرين، ط١، (١٤٠٨هـ) (١٩٨٨م)، مكتبة المرشد، الرياض.

- **إكمال المعلم بفوائد مسلم**، للإمام أبي الفضل عياض بن موسى اليحصبي المعروف بالقاضي عياض (ت ٥٤٤هـ)، تحقيق محمد حسن محمد حسن إسماعيل وأحمد فريد المزيدي، ط١، (٢٠٠٦م)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

- **الإلمام بأحاديث الأحكام**، للإمام تقي الدين أبي الفتح محمد بن علي المعروف بابن دقيق العيد (ت ٧٠٢هـ)، تحقيق حسين إسماعيل الجمل، ط٢، (١٤٢٣هـ) (٢٠٠٢م)، دار المعراج الدولية، دار ابن حزم، الرياض، بيروت.

- **الأحكام الوسطى**، للإمام عبد الحق بن عبد الرحمن الأزدي الأندلسي الإشبيلي المعروف بابن الخراط (ت ٥٨١هـ)، تحقيق حمدي السلفي وصبحي السامرائي، مكتبة الرشد، الرياض، (١٤١٦هـ) (١٩٩٥م).

- **الأم**، للإمام الدنيا محمد بن إدريس الشافعي (ت ٢٠٤هـ)، تحقيق الدكتور رفعت فوزي عبد المطلب، ط٣، (٢٠١١م)، دار الوفاء، مصر، دار ابن حزم، لبنان.

- **أمالي ابن الشجري**، لضياء الدين أبي السعادات هبة الله بن علي المعروف بابن الشجري (ت ٥٤٢هـ)، تحقيق محمود محمد الطناحي، ط١، (١٤١٣هـ) (١٩٩١م)، مكتبة الخانجي، القاهرة.

- **الإمام في معرفة أحاديث الأحكام**، للإمام تقي الدين أبي الفتح محمد بن علي المعروف بانب دقيق العيد (ت ٧٠٢هـ)، تحقيق سعد بن عبد الله آل حميّد، ط١، (١٤٢٠هـ) (١٩٩٩م)، دار المحقق، الرياض.
- **إنباء الغمر بأبناء العمر في التاريخ**، للحافظ أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني (ت ٨٥٢هـ)، تحقيق حسن حبشي، المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية ـ لجنة إحياء التراث الإسلامي، القاهرة (١٣٨٩هـ) (١٩٦٩م).
- **الأنوار لأعمال الأبرار**، للإمام الفقيه يوسف بن إبراهيم الأردبيلي (ت ٧٧٦ أو ٧٩٩هـ)، الطبعة الأخيرة، (١٩٦٩م)، مؤسسة الحلبي، مصر.
- **الأوسط من السنن والإجماع الاختلاف**، للإمام المجتهد أبي بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري (ت ٣١٨هـ)، تحقيق فريق التحقيق والإخراج بدار الكوثر مع تعاون بدار الفلاح، ط٢، (١٤٣٦هـ) (٢٠١٥م)، دار الفلاح، الفيّوم.

(ب)

- **البحر الزخار**، المعروف: بـ«مسند البزار»، للإمام الحافظ أحمد بن عمرو العَتَكي البزار (ت ٢٩٢هـ)، تحقيق الدكتور محفوظ الرحمن زين الله، ط١، (٢٠٠٩م)، مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة.
- **البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن التاسع**، للعلامة محمد بن علي بن محمد الشوكاني (ت ١٢٥٠هـ)، تحقيق محمد حسن حلاق، ط٢ (١٤٢٠هـ)(٢٠٠٨م)، دار ابن كثير، دمشق.
- **بحر المذهب في فروع المذهب الشافعي**، للقاضي العلامة فخر الإسلام شيخ الشافعية الإمام أبي المحاسن عبد الواحد بن إسماعيل الروياني (ت ٥٠٢هـ)، تحقيق طارق فتحي السيد، ط١، (٢٠٠٩م)، دار الكتب العلمية، لبنان.
- **بداية المحتاج في شرح المنهاج**، للإمام الفقيه القاضي بدر الدين أبي الفضل محمد بن أبي بكر الأسدي ابن قاضي شهبة (ت ٨٧٤هـ)، عني به أنور بن أبي بكر الشيخي الداغستاني، ط١، (٢٠١١م)، دار المنهاج، السعودية.
- **البدر المنير في تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير**، للإمام الحافظ عمر بن علي المعروف بابن الملقن (ت ٨٠٤هـ)، تحقيق محمد عثمان، ط١، (٢٠١١م)، دار الكتب العلمية، لبنان.

- **بيان الوهم والإيهام في كتاب الأحكام**، للإمام علي بن محمد بن عبد الملك الحميري الفاسي المعروف بابن القطان (ت ٦٢٨هـ)، تحقيق الحسين آيت سعيد، ط١، (١٤١٨هـ) (١٩٩٧م)، دار طيبة، الرياض.
- **بيان غرض المحتاج إلى كتاب المنهاج**، للعلامة برهان الدين أبي إسحاق إبراهيم بن عبد الرحمن الفزاري المصري الدمشقي الشافعي المعروف بابن الفركاح (ت ٧٢٩هـ)، تحقيق بكر محمد أبو صُوصين وبلال وليد حمدي عابدين، ط١، (١٤٣٨هـ) (٢٠١٧م)، دار النوادر، دمشق.
- **البيان في مذهب الإمام الشافعي**، للعلامة الفقيه يحيى بن أبي الخير العمراني (ت ٥٥٨هـ)، عني به قاسم محمد النوري ط٢، (٢٠٠٣م)، دار المنهاج، السعودية.

(ت)

- **تاج العروس من جواهر القاموس**، للإمام الكبير الشريف محمد بن محمد الزبيدي الحسيني المعروف بمرتضى الزبيدي (ت ١٢٠٥هـ)، تحقيق الدكتور عبد المنعم خليل إبراهيم والأستاذ كريم سيد محمد محمود، ط٢، (٢٠١٢م)، دار الكتب العلمية، لبنان.
- **التاج في إعراب مشكل المنهاج**، للحافظ الإمام جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي (ت ٩١١هـ)، تحقيق أحمد رجب أبو سالم، ط١، (١٤٤١هـ) (٢٠٢٠م)، دار الضياء، الكويت، دار الأصالة، القاهرة.
- **تاريخ أصبهان أو أخبار أصبهان»**، للإمام العلامة أحمد بن عبد الله بن أحمد الأصبهاني (ت ٤٣٠هـ)، تحقيق سيد كسروي حسن، ط١، (١٩٩٠م)، دار الكتب العلمية، بيروت.
- **تاريخ الإسلام ووفيات المشاهير والأعلام**، للإمام شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان بن قَايْماز الذهبي (ت ٧٤٨هـ) تحقيق بشار عواد معروف، ط١، (٢٠٠٣م)، دار الغرب الإسلامي.
- **التاريخ المكلل من جواهر مآثر الطراز الآخر والأول**، لمحمد صديق خان بن حسن القنوجي (ت ١٣٠٧هـ)، ط١، (١٤٢٨هـ) (٢٠٠٧م)، الناشر وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر.
- **تاريخ بغداد أو مدينة السلام**، للإمام الحافظ أحمد بن علي المعروف بالخطيب البغدادي (ت ٤٦٣هـ)، تحقيق مصطفى عبد القادر عطا، ط٣، (٢٠١١م)، دار الكتب العلمية، لبنان.

- **تاريخ دمشق**، للإمام أبي القاسم علي بن الحسن بن هبة الله المعروف بابن عساكر (ت ٥٧١هـ) تحقيق عمرو بن غرامة العمروي، دار الفكر (١٤١٥هـ) (١٩٩٥م).
- **التبصرة**، للإمام الفقيه عبد الله بن يوسف بن عبد الله بن يوسف بن محمد بن حيويه أبي محمد الجويني والد إمام الحرمين (ت ٤٣٨هـ)، تحقيق أبي عبد الله محمد بن الحسن بن إسماعيل، ط١، (١٩٩٤م)، دار الكتب العلمية، لبنان.
- **التبيان في آداب حملة القرآن**، للإمام يحيى بن شرف النووي (ت ٦٧٦هـ)، تحقيق محمد شادي مصطفى عربش، ط١، (١٤٢٦هـ) (٢٠٠٥م)، دار المنهاج، جدة.
- **تثقيف اللسان وتلقيح الجنان**، لأبي حفص عمر بن خلف بن مكي الصقلي اللغوي (ت ٥٠١هـ)، تحقيق مصطفى عبد القادر عطا، ط١، (١٤١٠هـ) (١٩٩٠م)، دار الكتب العلمية، بيروت.
- **تحرير ألفاظ التنبيه أو لغة الفقه**، للإمام الجليل العلامة محيي الدين يحيى بن شرف النووي (ت ٦٧٦هـ)، تحقيق عبد الغني الدقر، ط١، (١٩٨٨م)، دار القلم، دمشق.
- **تحرير الفتاوي على «التنبيه» و«المنهاج» و«الحاوي»**، المسمى: «النكت على المختصرات الثلاث»، للإمام الحافظ الفقيه الأصولي ولي الدين أبي زرعة أحمد بن عبد الرحيم بن الحسين بن عبد الرحمن العراقي (ت ٨٢٦هـ)، تحقيق عبد الرحمن فهمي محمد الزواوي، ط١، (٢٠١١م)، دار المنهاج، السعودية.
- **تحفة الأشراف بمعرفة الأطراف**، للحافظ جمال الدين أبي الحجاج يوسف المزي (ت ٧٤٢هـ)، تحقيق بشار عوار معروف، ط٤، (٢٠١٩م)، دار الغرب الإسلامي، بيروت.
- **التحفة اللطيفة في تاريخ المدينة الشريفة**، للحافظ شمس الدين محمد بن عبد الرحمن السخاوي (ت ٩٠٢هـ)، ط١، (١٤١٤هـ) (١٩٩٣م)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
- **تحفة المحتاج إلى أدلة المنهاج**، للإمام العلامة ابن الملقن سراج الدين أبو حفص عمر بن علي بن أحمد المصري (ت ٨٠٤هـ)، تحقيق عبد الله بن سعاف اللحياني، ط١، (١٩٨٥م)، دار حراء، مكة المكرمة.
- **تحفة المحتاج بشرح المنهاج**، للعلامة الفقيه شهاب الدين أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيثمي الشافعي (ت ٩٧٤هـ)، تحقيق أنور بن أبي بكر الشيخي الداغستاني، ط١، (١٤٤١هـ) (٢٠٢٠م)، دار الضياء، الكويت، دار باب الأبواب، داغستان.

- **تحفة المحتاج**، للإمام الفقيه المحقق شهاب الدين أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي (ت ٩٧٤هـ)، معه حاشيتان للعلامة العارف بالله الشيخ عبد الحميد الشرواني (ت ١٣٠١هـ) وللإمام المحقق والعلامة المدقق الشيخ أحمد بن قاسم العبادي (ت ٩٩٤هـ)، طبعة مصورة لدى دار صادر، لبنان.

- **التدريب في الفقه الشافعي، المسمى: «تدريب المبتدي وتهذيب المنتهي»**، للإمام سراج الدين أبي حفص عمر بن رسلان البلقيني (ت ٨٠٥هـ)، تحقيق أبي يعقوب نشأت بن كمال المصري، ط١، (١٤٢٣هـ) (٢٠١٢م)، دار القبلتين، الرياض.

- **الترغيب والترهيب من الحديث الشريف**، للإمام الحافظ عبد العظيم بن عبد القوي المنذري، (ت ٦٥٦هـ)، تحقيق محيي الدين ديب مستو وسيد أحمد العطار ويوسف علي بديوي، دار ابن كثير، دمشق ـ بيروت. دار الكلم الطيب، دمشق ـ بيروت. مؤسسة علوم القرآن، عجمان.

- **التعليقة على مختصر المزني (قطعة من أوله إلى «باب صلاة المسافر»)**، للعلامة أبي محمد الحسين بن محمد بن أحمد المروروذي المعروف بالقاضي حسين (ت ٤٦٢هـ)، تحقيق علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، مكتبة نزار مصطفى الباز، مكة المكرمة.

- تفسير **الطبري**، المسمى: «جامع البيان عن تأويل أي القرآن، للإمام العلامة أبي حعفر محمد بن جرير الطبري» (ت ٣١٠هـ) تحقيق أحمد عبد الرزاق البكري ومحمد عادل محمد ومحمد عبد اللطيف خلف ومحمود مرسي عبد الحميد، ط٥، (٢٠١٢م)، دار السلام، مصر.

- تفسير **القرآن العظيم**، للإمام المحدث ابن كثير (٧٧٤هـ)، تحقيق الدكتور محمد إبراهيم البنا، ط١، (١٩٩٨م)، المنار للنشر والتوزيع، دمشق، مؤسسة علوم القرآن، بيروت.

- **تكملة كافي المحتاج إلى شرح المنهاج** (قطعة منه، وهي من أول «الشهادات» إلى آخر «الدعوى والبينات»)، للإمام أبي عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي (ت ٧٩٤هـ)، تحقيق عمار صالح محمد صالح الخولاني، الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، (١٤٢٩ ـ ١٤٣٠هـ).

- **التلخيص الحبير**، المسمى: «التميز في تلخيص تخريج أحاديث شرح الوجيز»، للإمام الحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني (ت ٨٥٢هـ)، تحقيق عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، ط٢، (٢٠٠٦م)، دار الكتب العلمية، لبنان.

- **التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد**، للإمام الحافظ يوسف بن عبد الله النمري المعروف بابن عبد البر (ت ٤٦٣هـ)، تحقيق عبد الرزاق المهدي، ط١، (٢٠٠٠م)، دار إحياء التراث العربي، لبنان.

- **التنبيه في الفقه على مذهب الإمام الشافعي**، للإمام العلامة إبراهيم بن علي الشيرازي الفيروزابادي (ت ٤٧٦هـ)، وبذيله: «مقصد النبيه في شرح خطبة التنبيه» للإمام ابن جماعة، وبهامشه: «تحرير ألفاظ التنبيه» للإمام النووي، الطبعة الأخيرة، (١٩٥١م)، مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر.

- **التنبيهات المستنبطة على الكتب المدونة والمختلطة**، للإمام أبي الفضل عياض بن موسى بن عياض السبتي اليحصبي المعروف بالقاضي عياض (ت ٥٤٤هـ)، تحقيق محمد الوثيق وعبد النعيم حميتي، ط١، (١٤٣٢هـ) (٢٠١١م)، دار ابن حزم، بيروت.

- **تهذيب الأسماء واللغات**، للإمام الفقيه الحافظ يحيى بن شرف النووي (ت ٦٧٦هـ)، تحقيق علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، ط١، (٢٠٠٥م)، دار النفائس، لبنان.

- **تهذيب الكمال في أسماء الرجال**، للحافظ الإمام المتقن جمال الدين أبي الحجاج يوسف المزي (ت ٧٤٢هـ)، تحقيق الدكتور بشار عواد معروف، ط٢، (٢٠١٠م)، دار مؤسسة الرسالة، دمشق.

- **تهذيب اللغة**، لأبي منصور محمد بن أحمد الأزهري (ت ٣٧٠هـ)، تحقيق عبد السلام هارون، طبعة مصورة لدى دار الصادق، إيران.

- **التهذيب في فقه الإمام الشافعي**، للإمام الحافظ الحسين بن المسعود البغوي (ت ٥١٦هـ)، تحقيق عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، ط١، (١٩٩٧م)، دار الكتب العلمية، لبنان.

- **توضيح المشتبه في ضبط أسماء الرواة وأنسابهم وألقابهم وكناهم** لابن ناصر الدين شمس الدين محمد بن عبد الله بن محمد القيسي الدمشقي (ت ٨٤٢هـ)، تحقيق محمد نعيم العرقسوسي، ط١، (١٤٣١هـ) (٢٠١٠م)، دار الرسالة العالمية، دمشق.

- **توقيف الحكام على غوامض الأحكام**، للإمام شهاب الدين أحمد بن عماد الأقفهسي المصري (ت ٨٠٨هـ)، تحقيق نصير خضر سليمان الشافعي، ط١، (١٤٢٦هـ) (٢٠٠٥م)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

(ث)

- **الثقات**، للحافظ أبي حاتم محمد بن حبان الدارمي البستي (ت ٣٥٤هـ)، ط١، (١٤١٩هـ) (١٩٩٨م)، دار الكتب العلمية، بيروت.

(ج)

- **الجامع الصغير**، المسمى: «الجامع الصغير في أحاديث البشير النذير»، للإمام العلامة المجتهد جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي (ت ٩١١هـ)، دار الفكر، بيروت.

(ح)

- **حاشية ابن حجر الهيتمي على الإيضاح في مناسك الحج**، للإمام العلامة أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي (ت ٩٧٤هـ)، تحقيق محمد عبد السلام شاهين، ط١، (٢٠١٤م)، دار الكتب العلمية، لبنان.
- **حاشية الباجوري على شرح ابن قاسم الغزي على متن أبي شجاع**، للإمام الفقيه إبراهيم بن محمد بن أحمد الباجوري (ت ١٢٧٧هـ)، تحقيق مرعي حسن الرشيد، ط١، (٢٠١٥م)، دار الصباح، لبنان.
- **حاشية البجيرمي على الخطيب**، المسماة: «تحفة الحبيب على شرح الخطيب»، للإمام الفقيه سليمان بن محمد بن عمر البجيرمي (ت ١٢٢١هـ)، ط١، (٢٠٠٧م)، دار الفكر، لبنان.
- **حاشية البصري على تحفة المحتاج**، للعلامة الفقيه السيد عمر بن عبد الرحمن البصري الحسيني (ت ١٠٣٧هـ)، ط١، (١٢٨٢هـ)، المطبعة الوهبية، مصر.
- **حاشية الجمل على شرح المنهج**، للإمام الفقيه سليمان بن عمر بن منصور العجيلي المعروف بـ الجمل (ت ١٢٠٤هـ)، ط٢، (٢٠١٣م)، دار الكتب العلمية، السعودية.
- **حاشية الكَرْدي على تحفة المحتاج** (بهامش «تحفة المحتاج» المطبوع عن دار باب الأبواب ودار الضياء)، لمُلا محمد بن طاهر الكَرْدي.
- **حاشيتان على كنز الراغبين**، لشهاب الدين أحمد بن أحمد بن سلامة القليوبي (ت ١٠٦٩هـ) ولشهاب الدين أحمد البرلسي الملقب بـ عميرة (ت ٩٥٧هـ)، عني به عبد اللطيف عبد الرحمن، ط١، ١٩٩٧م، دار الكتب العلمية، لبنان.

- **الحاوي الصغير**، للإمام الفقيه عبد الغفار بن عبد الكريم القزويني (٦٦٥هـ)، تحقيق الدكتور صالح محمد اليابس، ط١، (٢٠٠٩م)، دار ابن الجوزي، السعودية.
- **الحاوي الكبير**، للإمام علي بن محمد بن حبيب الماوردي (ت ٤٥٠هـ)، تحقيق عبد الله محمد نجيب عوامة، ط١، (٢٠٠٩م)، دار إحياء التراث العربي، لبنان.
- **المحكم والمحيط الأعظم**، لأبي الحسن علي بن إسماعيل بن سيده المرسي (ت ٤٥٨هـ)، تحقيق عبد الحميد هنداوي، ط١، (١٤٢١هـ) (٢٠٠٠م)، دار الكتب العلمية، بيروت.
- **حلية الأولياء وطبقات الأصفياء**، للإمام الحافظ أحمد بن عبد الله المعروف بأبي نعيم الأصبهاني (ت ٤٣٠هـ)، تحقيق سعيد بن سعد الدين خليل الاسكندراني، ط١، (٢٠٠١م)، دار إحياء التراث العربي، لبنان.
- **حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء** (كتاب المستظهري)، للإمام أبي بكر محمد بن أحمد الشافعي القفال (ت ٥٠٧هـ)، تحقيق محمد حسين محمد حسن إسماعيل، ط١، (٢٠١٠م)، دار الكتب العلمية، لبنان.

(خ)

- **خبايا الزوايا**، للإمام بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي الشافعي (ت ٧٩٤هـ)، تحقيق أيمن صالح شعبان، ط١، (١٤١٧هـ) (١٩٩٦م)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
- **خلاصة الأحكام في مهمات السنن وقواعد الأحكام**، للإمام يحيى بن شرف النووي (ت ٦٧٦هـ)، تحقيق حسين إسماعيل الجمل، ط١، (١٤١٨هـ) (١٩٩٧م)، دار مؤسسة الرسالة، بيروت.
- **الخلاصة**، المسمى: «خلاصة المختصر ونقاوة المعتصر»، للإمام حجة الإسلام وبركة الأنام محمد بن محمد بن محمد الغزالي (ت ٥٠٥هـ)، تحقيق د. أمجد رشيد، ط١، (٢٠٠٧م)، دار المنهاج، السعودية.

(د)

- **الدر الكمين بذيل العقد الثمين في تاريخ البلد الأمين**، لعمر بن فهد الهاشمي المكي (ت ٨٨٥هـ)، تحقيق عبد الملك بن عبد الله بن دهيش، ط١، (١٤٢١هـ) (٢٠٠٠م)، دار خضر، بيروت.

- **الدراية في تخريج أحاديث الهداية**، للإمام الحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني (ت ٨٥٢هـ)، تحقيق توفيق محمود تكلة، ط١، (٢٠١٦م)، دار اللباب، تركيا.
- **دقائق المنهاج**، للإمام الحافظ المجتهد يحيى بن شرف النووي (ت ٦٧٦هـ)، بعناية قسم التحقيق والبحث العلمي بالمكتبة الإسلامية، ط١، (٢٠١١م)، المكتبة الإسلامية، مصر.
- **دلائل النبوة ومعرفة أحوال صاحب الشريعة**، للإمام الحافظ أحمد بن الحسين البيهقي (ت ٤٨٥هـ)، تحقيق الدكتور عبد المعطي قلعجي، ط١، دار الريان.
- **ديوان الحطيئة**، لأبي مُليكة جرول بن أوس بن مالك العبسي المشهور بالحطيئة (ت ٥٨هـ)، تحقيق نعمان أمين طه، ط١، (١٣٧٨هـ) (١٩٥٨م) مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر.

(ذ)

- **ذخيرة الحفاظ المخرج على الحروف والألفاظ**، لأبي الفضل محمد بن ظاهر المقدسي الشيباني المعروف بابن القيسراني (ت ٥٠٧هـ)، تحقيق عبد الرحمن الفريوائي، ط١، (١٤١٦هـ) (١٩٩٦م)، دار السلف، الرياض.
- **ذيل التقييد في رواة السنن والأسانيد**، لتقي الدين محمد بن أحمد بن علي أبي الطيب الفاسي (ت ٨٣٢هـ)، تحقيق كمال يوسف الحوت، ط١، (١٤١٠هـ) (١٩٩٠م)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

(ر)

- **رؤوس المسائل وتحفة طلاب الفضائل**، للإمام الحافظ المجتهد يحيى بن شرف النووي (ت ٦٧٦هـ)، تحقيق الدكتور عبد الرؤوف بن محمد بن أحمد الكمالي، ط١، (٢٠٠٧م)، دار البشائر الإسلامية، لبنان.
- **رحلة الإمام الشافعي**، رواية تلميذه الربيع بن سليمان الجيزي، تحقيق مجد الدين الخطيب، دار القاسم.
- **الرسالة**، للإمام المجتهد محمد بن إدريس الشافعي (ت ٢٠٤هـ)، تحقيق رفعت فوزي عبد المطلب (هو الجزء الأول من تحقيقه لـ«الأم») ط٤، (١٤٣٢هـ) (٢٠١١م)، دار الوفاء، المنصورة، دار ابن حزم، بيروت.

- **الروض الأنف في شرح السيرة النبوية**، للإمام أبي القاسم عبد الرحمن بن عبد الله بن أحمد السهيلي (ت ٥٨١هـ)، تحقيق عمر عبد السلام السلامي، ط١، (١٤٢١هـ) (٢٠٠٠م)، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- **روضة الطالبين وعمدة المفتين**، للإمام الحافظ المجتهد يحيى بن شرف النووي (ت ٦٧٦هـ)، تحقيق عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، دار الكتب العلمية، لبنان.

(ز)

- **الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي**، للإمام أبي منصور محمد بن أحمد الأزهري الهروي (ت ٣٧٠هـ)، تحقيق مسعد عبد الحميد السعدني، دار الطلائع.
- **الزيادات على الفتاوى**، للإمام أبي عاصم محمد بن أحمد الهروي العبادي الشافعي (ت ٤٥٨هـ)، تحقيق غالب بن شبيب المطيري، ط١، (١٤٣٧هـ) (٢٠١٦م)، دار الكتب العلمية، بيروت.

(س)

- **السراج على نكت المنهاج**، للإمام العلامة شهاب الدين أحمد بن لؤلؤ المعروف بابن النقيب (ت ٧٦٩هـ)، تحقيق أبو الفضل الدمياطي، ط١، (٢٠٠٧م) مكتبة الرشد، السعودية.
- **السلسلة في معرفة القولين والوجهين**، للإمام أبي محمد عبد الله بن يوسف الجويني (ت ٤٣٨هـ)، تحقيق خالد بن نوار بن مبطي النّمر، ط١، (١٤٣٧هـ)، أروقة، عمّان، الأردن.
- **سلم الوصول إلى طبقات الفحول**، لمصطفى بن عبد الله العثماني المعروف بحاجي خليفة (ت ١٠٦٧هـ)، تحقيق محمود عبد القادر الأرناؤوط، (٢٠١٠م)، مكتبة إرسيكا، إستنبول، تركيا.
- **السنة**، للإمام أبي بكر أحمد بن أبي عاصم عمرو بن الضحاك الشيباني (ت ٢٨٧هـ)، تحقيق باسم بن فيصل الجوابرة، ط١، (١٤١٩هـ) (١٩٩٨م)، دار الصميعي، الرياض.
- **سنن ابن ماجه**، للإمام الحافظ محمد بن يزيد القزويني المعروف بابن ماجه (ت ٢٧٣هـ)، تحقيق عماد الطيار وياسر حسن وعز الدين ضلي، ط١، (٢٠١٣م)، مؤسسة الرسالة ناشرون، دمشق.

- **سنن أبي داود**، المسمى: «كتاب السنن»، للإمام الحافظ أبي سليمان بن الأشعث السجستاني (ت ٢٧٥هـ)، تحقيق لمركز الرسالة للدراسة وتحقيق التراث، ط١، (٢٠١٣م)، مؤسسة الرسالة ناشرون، دمشق.

- **سنن الترمذي**، المسمى: «الجامع الصغير»، للإمام الحافظ محمد بن عيسى بن سورة الترمذي (ت ٢٧٩هـ)، ومعه «الشمائل المحمدية» له أيضاً، تحقيق عز الدين ضلي وعماد الطيار وياسر حسين، طك١، (٢٠١٣م)، مؤسسة الرسالة ناشرون، دمشق.

- **سنن الدارقطني**، للإمام الحافظ علي بن عمر الدارقطني (ت ٣٨٥هـ)، وبذيله: «التعليق المغني على الدارقطني» لأبي الطيب محمد شمس الحق العظيم آبادي، ط١، (٢٠١١م)، دار ابن حزم، لبنان.

- **السنن الصغير للبيهقي**، للإمام الحافظ أحمد بن الحسين بن علي البيهقي (ت ٤٥٨هـ)، تحقيق عبد المعطي أمين قلعجي، ط١، (١٩٨٩م)، دار جامعة الدراسات الإسلامية، باكستان.

- **السنن الكبير**، للإمام الحافظ أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي (ت ٤٥٨هـ)، تحقيق الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي، ط١، (٢٠١٣م)، دار عالم الكتب، الرياض.

- **سنن النسائي (المجتبى)**، للإمام الحافظ أحمد بن شعيب النسائي (ت ٣٠٣هـ)، تحقيق ياسر حسن وعز الدين ضلي وعماد الطيار، ط١، (٢٠١٤م)، مؤسسة الرسالة ناشرون، دمشق.

- **سنن سعيد بن منصور**، للإمام العلامة سعيد بن منصور بن شعبة الخراساني الجوزجاني (ت ٢٢٧هـ)، تحقيق سعد بن عبد الله بن عبد العزيز آل حميد، ط١، (١٤١٤هـ)، دار العصيمي، الرياض.

- **سير أعلام النبلاء**، للإمام العلامة شمس الدين محمد بن أحمد عثمان الذهبي (ت ١٣٧٤م)، تحقيق شعيب الأرنؤوط وحسين الأسد، ط٣، (٢٠١١م)، مؤسسة الرسالة، لبنان.

- **السيرة النبوية**، للإمام أبي محمد عبد الملك بن هشام الحميري ابن هشام (ت ٢١٨هـ)، تحقيق مصطفى السقا وإبراهيم الأبياري وعبد الحفيظ شلبي، ط٣، (٢٠٠٥م)، دار ابن كثير، دمشق - بيروت.

(ش)

- **شرح ابن عقيل على ألفية ابن مالك**، للإمام الكبير اللغوي عبد الله بن عبد الرحمن القرشي الهاشمي (ت ٧٦٩هـ)، تحقيق دكتور هادي حسن حمودي، ط٤، (١٩٩٩م)، دار الكتاب العربي، لبنان.

- **شرح السنة**، للإمام الحافظ الفقيه محيي السنة الحسين بن مسعود البغوي (ت ٥١٦هـ)، تحقيق شعيب الأرنؤوط ومحمد زهير الشاويش، ط٢، (١٩٨٣م)، المكتب الإسلامي، لبنان.

- **شرح الطيبي على مشكاة المصابيح**، المسمى: «الكاشف عن حقائق السنن»، للإمام شرف الدين الحسين بن محمد بن عبد الله الطيبي (ت ٧٤٣هـ)، تحقيق أبي عبد الله محمد علي سمك، ط٢، (١٤٣٤هـ) (٢٠١٣م)، دار الكتب العلمية، لبنان.

- **شرح الفصيح**، لأبي عبد الله محمد بن أحمد بن هشام اللخمي (ت ٥٧٧هـ)، تحقيق مهدي عبيد جاسم، ط١، (١٤٠٩هـ) (١٩٨٨م)، من المكتبة الشاملة بدون ذكر الدار.

- **شرح سنن أبي داود لابن رسلان**، للإمام العلامة أحمد بن حسين بن علي بن رسلان المقدسي الرملي (ت ٨٤٤هـ)، تحقيق ياسر كمال وأحمد سليمان، بإشراف ومشاركة خالد الرباط، وبمشاركة الباحثين بدار الفلاح، ط١، (٢٠١٦م)، دار الفلاح، الأردن.

- **شرح صحيح مسلم**، للإمام محيي الدين يحيى بن شرف النووي (ت ٦٧٦هـ)، تحقيق خليل مأمون شيحا، ط٤، (١٩٩٧م)، دار المعرفة، لبنان.

- **شرح مشكل الآثار**، للإمام المحدث الفقيه المفسر أحمد بن محمد بن سلامة الطحاوي (ت ٣٢١هـ)، تحقيق شعيب الأرنؤوط، ط٣، (٢٠١٠م)، دار الرسالة العالمية، دمشق - الحجاز.

- **شرح مشكل الوسيط**، للإمام عثمان بن عبد الرحمن أبي عمرو تقي الدين المعروف بابن الصلاح (ت ٦٤٣هـ)، تحقيق عبد المنعم خليفة أحمد بلال، ط١، (١٤٣٢هـ) (٢٠١١م)، دار كنوز إشبيليا، السعودية.

- **شعب الإيمان**، للإمام الحافظ أحمد بن الحسين بن علي البيهقي (ت ٤٥٨هـ)، تحقيق الدكتور عبد العلي عبد الحميد حامد، بإشراف مختار أحمد الندوي، ط١، (٢٠٠٣م)، مكتبة الرشد، الرياض، الدار السلفية، الهند.

(ص)

- **الصحاح**، للإمام إسماعيل بن حماد الجوهري (ت ٣٩٣هـ)، تحقيق خليل مأمون شيحا، ط١، (١٤٢٦هـ) (٢٠٠٥م)، دار المعرفة، بيروت، لبنان.
- **صحيح ابن حبان**، بترتيب ابن بلبان، للإمام العلامة الأمير علاء الدين علي بن بلبان الفارسي (ت ٧٣٩هـ)، تحقيق شعيب الأرنؤوط، ط١، (٢٠١١م)، دار الرسالة العالمية، دمشق ـ الحجاز.
- **صحيح ابن خزيمة**، المسمى: «مختصر المختصر من المسند الصحيح عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم»، للإمام الحافظ محمد بن إسحاق بن خزيمة (ت ٣١١هـ)، تحقيق عادل بن سعد، ط١، (٢٠٠٩م)، دار الكتب العلمية، لبنان.
- **صحيح البخاري**، المسمى: «الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم، وسننه وأيامه»، لإمام الدنيا الحافظ محمد بن إسماعيل بن إبراهيم البخاري (ت ٢٥٦هـ)، تحقيق عز الدين ضلي وعماد الطيار وياسر حسن، ط٢، (٢٠١٤م)، مؤسسة الرسالة ناشرون، دمشق.
- **صحيح مسلم**، المسمى: «المسند الصحيح المختصر من السنن بنقل العدل عن العدل عن رسول الله ﷺ»، للإمام الحافظ مسلم بن حجاج القشيري النيسابوري، (ت ٢٦١هـ)، تحقيق ياسر حسن وعز الدين ضلي وعماد الطيار، ط١، (٢٠١٣م)، مؤسسة الرسالة ناشرون، دمشق.

(ض)

- **الضوء اللامع لأهل القرن التاسع**، للحافظ شمس الدين محمد بن عبد الرحمن السخاوي (ت ٩٠٢هـ)، منشورات دار مكتبة الحياة، بيروت.

(ط)

- **طبقات الشافعية الكبرى**، للإمام العلامة تاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي (ت ٧٧١هـ)، تحقيق الدكتور محمود محمد الطناحي والدكتور عبد الفتاح محمد الحلو، ط٢، (١٤١٣هـ)، دار هجر، مصر.
- **الطبقات الكبرى**، للإمام العلامة محمد بن سعد البغدادي، المعروف بابن سعد (ت ٢٣٠هـ)، تحقيق زياد محمد منصور، ط٢، (١٤٠٨هـ)، دار مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة.

ـ **طبقات صلحاء اليمن**، المعروف بتاريخ البريهي، للعلامة المؤرخ عبد الوهاب بن عبد الرحمن البريهي السكسكي اليمني (٩٠٤هـ)، تحقيق عبد الله محمد الحبشي، مكتبة الإرشاد، صنعاء.

ـ **طرح التثريب في شرح التقريب**، للإمام الحافظ عبد الرحمن بن حسين العراقي، وتتميم ولده الحافظ أبي زرعة ولي الدين أحمد ابن العراقي (ت ٨٢٦هـ)، تحقيق محمد سيد بن عبد الفتاح درويش، ط١، (١٤٣٨هـ)، دار ابن الجوزي، السعودية.

(ع)

ـ **عجالة المحتاج إلى توجيه المنهاج**، للإمام الفقيه سراج الدين أبي حفص عمر بن علي بن أحمد المعروف بـ ابن النحوي والمشهور بـ ابن الملقن (ت ٨٠٤هـ)، تحقيق عز الدين هشام بن عبد الكريم البدراني، (٢٠٠١م)، دار الكتاب، الأردن.

ـ **العزيز شرح الوجيز**، المعروف بـ: «الشرح الكبير»، للإمام الفقيه المحدث عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الرافعي (ت ٦٢٣هـ)، تحقيق علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، ط١، (١٩٩٧م)، دار الكتب العلمية، لبنان.

ـ **العلل الكبير**، للحافظ أبي عيسى محمد بن عيسى بن سَوْرة الترمذي (ت ٢٧٩هـ)، تحقيق صبحي السامرائي، أبي المعاطي النوري، محمود خليل الصعيدي، ط١، (١٤٠٩هـ)، دار عالم الكتب، مكتبة النهضة العربية، بيروت.

ـ **العلل الواردة في الأحاديث النبوية**، للإمام الحافظ علي بن عمر بن دينار البغدادي الدارقطني (ت ٣٨٥هـ)، المجلدات من الأول إلى الحادي عشر بتحقيق محفوظ الرحمن زين الله السلفي، ط١، (١٤٠٥هـ)، دار طيبة، الرياض. والمجلدات من الثاني عشر على الخامس عشر بتحقيق محمد بن صالح بن محمد الدباسي، ط١، (١٤٢٧هـ)، دار ابن الجوزي، السعودية.

ـ **العلل لابن أبي حاتم**، للإمام العلامة عبد الرحمن بن محمد عن إدرس بن المنذر التيميمي، المعروف بابن أبي حاتم (ت ٣٢٧هـ)، تحقيق فريق من الباحثين بإشراف وعناية الدكتور سعد بن عبد الله الحميد والدكتور خالد بن عبد الرحمن الجريسي، ط١، (٢٠٠٦م)، دار الحميضي، السعودي.

ـ **عمدة المحتاج إلى شرح المنهاج**، للإمام عمر بن أبي الحسن علي بن أحمد الأنصاري الشافعي المعروف بابن المقلن (ت ٨٠٤هـ)، تحقيق خالد الرباط بمشاركة الباحثين بدار الفلاح، ط١، (١٤٣٩هـ) (٢٠١٨م)، دار ابن حزم، بيروت، لبنان.

- **عمل اليوم والليلة**، للحافظ أبي بكر أحمد بن محمد بن إسحاق الدينوري المعروف بابن السني، تحقيق محمد بن رياض اللبابيدي، (١٤٢٧هـ) (٢٠٠٦م)، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان.

- **الغوامض والمبهمات في الحديث النبوي**، لأبي محمد عبد الغني بن سعيد الأزدي المصري (ت ٤٠٩هـ) تحقيق حمزة أبي الفتح بن حسين قاسم محمد النعيمي، ط١، (١٤٢١هـ) (٢٠٠٠م)، دار المنارة.

(غ)

- **غاية الإحكام في أحاديث الأحكام**، للإمام العلامة محب الدين أبي جعفر أحمد بن عبد الله الطبري (ت ٦٩٤هـ)، تحقيق الدكتور حمزة أحمد الزين، ط١، (٢٠٠٤م)، دار الكتب العلمية، لبنان.

- **الغاية في اختصار النهاية**، للإمام عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام السلمي (ت ٦٦٠هـ)، تحقيق إياد خالد الطباع، ط١، (١٤٣٧هـ) (٢٠١٦م)، دار النوادر، بيروت، لبنان.

- **الغرر البهية في شرح البهجة الوردية**، لشيخ الإسلام زكريا محمد الأنصاري (ت ٩٢٦هـ)، معه حاشيتان للشيخ عبد الرحمن الشربيني (ت ١٣٢٦هـ) وللإمام أبي قاسم العبادي (ت ٩٢٢هـ) مع تقريرات الشيخ عبد الرحمن الشربيني عليها، تحقيق محمد عبد القادر عطا، ط١، (١٩٩٧م)، دار الكتب العلمية، لبنان.

- **غريب الحديث**، للإمام أبي سليمان حَمْد بن محمد الخطابي (ت ٣٨٨هـ)، تحقيق عبد الكريم إبراهيم الغرباوي، (١٤٠٢هـ) (١٩٨٢م)، دار الفكر، دمشق.

- **الغريب المصنف**، للإمام أبي عبيد القاسم بن سلام الهروي البغدادي (ت ٢٢٤هـ)، تحقيق صفوان عدنان داوودي، ط١، (١٤٢٦هـ) (٢٠٠٥م)، دار الفيحاء، دمشق

- **الغريبين في القرآن والحديث**، للإمام أبي عبيد أحمد بن محمد الهروي (ت ٤٠١هـ)، تحقيق أحمد فريد المزيدي، ط١، (١٤١٩هـ) (١٩٩٩م)، مكتبة نزار مصطفى الباز، السعودية.

- **الغيلانيات**، لأبي بكر محمد بن عبد الله بن إبراهيم بن عبدويه البغدادي الشافعي البزار (ت ٣٥٤هـ)، تحقيق حلمي كامل أسعد عبد الهادي، ط١، (١٤١٧هـ) (١٩٩٧م)، دار ابن الجوزي، الرياض.

(ف)

- **الفائق في غريب الحديث**، للإمام العلامة جار الله محمود بن عمر الزمخشري (ت ٥٣٨هـ)، تحقيق علي محمد البجاوي ومحمد أبو الفضل إبراهيم، ط١، (١٩٩٣م)، دار الفكر، لبنان.
- **فتاوى ابن الصلاح**، للإمام العلامة المحدث عثمان بن عبد الرحمن المعروف بـ ابن الصلاح (ت ٦٤٣هـ)، تحقيق الدكتور موفق عبد الله عبد القادر، ط١، (١٤٠٧هـ)، مكتبة العلوم والحكم، لبنان.
- **فتاوى البغوي**، للإمام العلامة الفقيه الحافظ أبي محمد الحسين بن مسعود بن محمد الفراء البغوي (ت ٥١٦هـ)، تحقيق مصطفى محمود الأزهري، ط١، (٢٠١٤م)، دار ابن القيم، السعود. دار ابن عفان، مصر.
- **فتاوى البلقيني**، المسماة: «التجرد والاهتمام بجمع فتاوى الوالد شيخ الإسلام»، لشيخ الإسلام مفتي الأنام مجدد المئة الثامنة سراج الدين أبي حفص عمر بن رسلان بن نصير البلقيني (ت ٨٠٥هـ)، تحقيق عبد الرحمن فهمي الزوازي، ط١، (٢٠١٤م)، دار المنهاج، السعودية.
- **فتاوي السبكي**، للإمام تقي الدين علي بن عبد الكافي السبكي (ت ٧٥٦هـ)، تحقيق محمد عبد السلام شاهين، ط١، (١٤٣٤هـ) (٢٠٠٤م)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
- **فتاوى العراقي**، للإمام الحافظ الفقيه القاضي ولي الدين أبي زرعة أحمد بن عبد الرحيم العراقي (ت ٨٢٦هـ)، تحقيق حمزة أحمد محمد فرحان، ط١، (٢٠٠٩م)، دار الفتح، الأردن.
- **فتاوى القاضي** حسين ابن محمد المروزي (ت ٤٦٢هـ)، جمع تلميذه الإمام الكبير محيي السنة الحسين بن مسعود البغوي (ت ٥١٠هـ)، تحقيق أمل عبد القادر خطاب د. جمال محمد أبو حسان، ط١، (٢٠١٠م)، دار الفتح، عمان.
- **فتاوى القفال**، للإمام الفقيه شيخ فقهاء خراسان عبد الله بن أحمد بن عبد الله، المشهور بالقفال المروزي (ت ٤١٧هـ)، تحقيق مصطفى محمود الأزهري، ط١، (٢٠١١م)، دار ابن القيم، السعودية. دار ابن عفان، مصر.
- **الفتاوى الكبرى الفقهية على مذهب الإمام الشافعي**، للإمام العلامة أحمد بن علي بن حجر الهيتمي (ت ٩٧٤هـ)، بترتيب وجمع تلميذه عبد القادر بن أحمد بن علي الفاكهي المكي (ت ٩٨٢هـ)، تحقيق عبد اللطيف عبد الرحمن، ط٢، (٢٠٠٨م)، دار الكتب العلمية، لبنان.

- **الفتاوى المصرية**، لسلطان العلماء العز بن عبد السلام السلمي (ت ٦٦٠هـ)، تحقيق إياد خالد الطباع، ط١، (٢٠٠٧م)، دار الفكر، دمشق.

- **الفتاوى الموصلية**، لسلطان العلماء العز بن عبد السلام السلمي (ت ٦٦٠هـ)، تحقيق إياد خالد الطباع، ط٢، (٢٠٠٥م)، دار الفكر، دمشق.

- **الفتاوى**، للإمام حجة الإسلام محمد بن محمد الغزالي (ت ٥٠٥هـ)، تحقيق علي مصطفى الطسة، ط١، (٢٠٠٤م)، دار اليمامة، دمشق - بيروت.

- **فتح الباري بشرح صحيح البخاري**، للحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني (ت ٨٥٢هـ)، (١٤١٩هـ) (١٩٩٦م)، دار الفكر، بيروت، لبنان.

- **فتح الباري في شرح صحيح البخاري**، للإمام زين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي (ت ٧٩٥هـ)، تحقيق أبي معاذ طارق بن عوض الله بن محمد، ط٢، (١٤٢٢هـ)، دار ابن الجوري، السعودية.

- **الفتح الرباني بجمع مرويات الشيخ أبي الفتح العثماني**، تخريج النجم ابن فهد (ت ٨٨٥هـ)، نسخة خطية مصورة من دار الكتب الوطنية الظاهرية بدمشق، فيلم رقم (٢٥٢)، مخطوط علم الحديث رقم (١١٦٢).

- **فضائل مكة**، لأبي سعيد المفضل بن محمد بن إبراهيم الجندي (ت ٣٠٨هـ) تحقيق أبي عبيدة جودة محمد، ط١، (١٤٤١هـ)، من المكتبة الشاملة بدون ذكر الدار.

- **فهرس الفهارس والأثبات ومعجم المعاجم والمشيخات والمسلسلات**، للعلامة المحدث محمد عبد الحي بن عبد الكبير الحسني الكتاني (ت ١٣٨٢هـ)، تحقيق إحسان عباس، ط٢، (١٩٨٢م)، دار الغرب الإسلامي، بيروت.

- **فيض القدير شرح الجامع الصغير**، للإمام العلامة محمد عبد الرؤوف بن علي المناوي (ت ١٠٣١هـ)، ط٢، (٢٠٠٣م)، مكتبة مصر.

(ق)

- **القاموس المحيط**، للإمام العلامة اللغوي مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي (ت ٨١٧هـ)، ط١، (١٩٩١م)، دار إحياء التراث العربي، لبنان.

- **قواطع الأدلة (القواطع في أصول الفقه)**، للإمام أبي المظفر منصور بن محمد السمعاني (ت ٤٨٩هـ)، تحقيق أبي سهيل صالح سهيل علي حمودة، ط١، (١٤٣٢هـ) (٢٠١١م)، دار الفاروق، عمان، الأردن.

- **القواعد الكبرى**، الموسوم بـ«قواعد الأحكام في إصلاح الأنام»، لشيخ الإسلام عز الدين بن عبد السلام (ت ٦٦٠هـ)، تحقيق الدكتور نذير كمال حماد والدكتور عثمان جمعة ضميرية، ط٢، (٢٠٠٧م)، دار القلم، دمشق.

(ك)

- **الكامل في التاريخ**، للإمام عز الدين أبي الحسن علي بن محمد الشيباني المعروف بابن الأثير (ت ٦٣٠هـ)، تحقيق خليل مأمون شيحا، ط٣، (١٤٣٢هـ) (٢٠١١م)، دار المعرفة، بيروت، لبنان.
- **الكامل في ضعفاء الرجال**، للإمام الحافظ أبي أحمد عبد الله بن عدي الجرجاني (ت ٣٦٥هـ) تحقيق محمد أنس مصطفى الحسن، ط١، (٢٠١٢م)، دار الرسالة العالمية، دمشق ـ الحجاز.
- **كتاب الأموال**، للإمام أبي عبيد القاسم بن سلام الهروي البغدادي (ت ٢٢٤هـ)، تحقيق أبي أنس سيد بن رجب، ط١، (١٤٢٨هـ) (٢٠٠٧م)، دار الهدي النبوي، المنصورة، دار الفضيلة، الرياض.
- **كتاب التحقيق**، للإمام الحافظ المجتهد يحيى بن شرف النووي (ت ٦٧٦هـ)، تحقيق عادل عبد الموجود وعلي معوض، ط١، (١٩٩٢م)، دار الجيل، لبنان.
- **كتاب الدعاء**، للإمام الحافظ سليمان بن أحمد الطبراني (ت ٣٦٠هـ)، تحقيق مصطفى عبد القادر عطا، ط١، (٢٠٠١م)، دار الكتب العلمية، لبنان.
- **كتاب السنن**، المعروف بـ «السنن الكبرى»، للإمام الحافظ أحمد بن ضعيب النسائي (ت ٣٠٣هـ)، تحقيق مركز البحوث وتقنية المعلومات لدار التأصيل، ط١، (٢٠١٢م)، دار التأصيل، مصر.
- **كتاب الضعفاء**، للإمام الحافظ محدث الحرمين محمد بن عمرو بن موسى بن حماد العقيلي (ت ٣٢٢هـ)، اعتنى به مازن بن محمد السرساوي، ط١، (٢٠١٦م)، مكتبة الرشد ـ ناشرون، السعودية.
- **كتاب الفروق (الجمع والفرق)**، للإمام أبي محمد عبد الله بن يوسف الجويني (ت ٤٣٨هـ)، تحقيق عبد الرحمن بن سلامة بن عبد الله المزيني، ط١، (١٤٢٤هـ) (٢٠٠٤م)، دار الجيل، بيروت.

- **كتاب المجروحين من المحدثين والضعفاء والمتروكين**، للإمام العلامة محمد بن حبان الدارمي (ت ٣٥٤هـ)، تحقيق محمود إبراهيم زايد، ط١، (١٣٩٦هـ)، دار الوعي، حلب.

- **الكشاف عن حقائق التنزيل وعيون الأقاويل في وجوه التأويل**، للإمام البارع شيخ العرب والعجم محمود بن عمر الزمخشري (ت ٥٣٨هـ)، وفي حاشيته: «الانتصاف فيما تضمنه الكشاف من الاعتزال» لابن المنير (ت ٦٨٣هـ)، وفي آخره: «الكاف الشاف في تخريج أحاديث الكشاف» لابن حجر العسقلاني (ت ٦٥٢هـ) و«شرح شواهد الكشاف» لمحب الدين أفندي، ط١، (١٩٩٧م)، دار إحياء التراث العربي، لبنان.

- **كشف الخفاء ومزيل الإلباس عما اشتهر من الأحاديث على ألسنة الناس**، للإمام العلامة إسماعيل بن محمد العجلوني (ت ١١٦٢هـ)، تحقيق محمد عبد العزيز الخالدي، ط١، (١٩٩٧م)، دار الكتب العلمية، لبنان.

- **كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون**، لمصطفى بن عبد الله كاتب جلبي المعروف بالحاج خليفة (ت ١٠٦٧هـ)، مكتبة المثنى، بغداد، (١٩٤١م).

- **الكشف عن وجوه القراءات السبع وعللها وحججها**، لأبي محمد مكي بن أبي طالب القيسي (ت ٤٣٧هـ)، تحقيق الدكتور محيي الدين رمضان، ط١، (٢٠١٤م)، دار مؤسسة الرسالة، دمشق.

- **كفاية النبيه في شرح التنبيه**، للفقيه أحمد بن محمد بن علي الأنصاري المعروف بابن الرفعة (ت ٧١٠هـ)، تحقيق مجدي محمد سرور باسلوم، ط١، (٢٠٠٩م)، دار الكتب العلمية، بيروت.

- **الكليات**، معجم في المصطلحات والفروق اللغوية لأبي البقاء أيوب بن موسى الحسيني القريمي الكفوي (ت ١٠٩٤هـ)، تحقيق الدكتور عدنان درويش ومحمد المصري، ط٢، (٢٠١٢م)، مؤسسة الرسالة، دمشق.

- **كنز الراغبين شرح منهاج الطالبين**، للإمام الأصولي المفسر الفقيه جلال الدين محمد بن أحمد بن محمد المحلي (ت ٨٦٤هـ)، عني به محمود صالح أحمد حسن الحديدي، ط١، (٢٠١١م)، دار المنهاج، السعودية.

- **كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال**، لعلاء الدين علي بن حسام الدين المشهور بالمتقي الهندي (ت ٩٧٥هـ)، تحقيق بكري حياني وصفوة السقا، ط٥، (١٩٨١م)، الرسالة العالمية، لبنان.

(ل)

- **لسان العرب**، للإمام العلامة ابن منظور (ت ٧١١هـ)، اعتنى به أمين محمد عبد الوهاب ومحمد الصادق العبيدي، ط١، (٢٠١٠م)، دار إحياء التراث العربي، لبنان.
- **لطائف المعارف فيما لمواسم العام من الوظائف**، للإمام الحافظ زين الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي (ت ٧٩٥هـ)، تحقيق ياسين محمد السواس، ط٦، (١٤٢١هـ) (٢٠٠١م)، دار ابن كثير، دمشق.

(م)

- **مجمع الزوائد ومنبع الفوائد**، للإمام الحافظ أبي الحسن علي بن أبي بكر بن سليمان الهيثمي (ت ٨٠٧هـ)، تحقيق حسين سليم أسد الداراني، ط١، (٢٠١٥م)، دار المنهاج، السعودية.
- **المجمع المؤسس للمعجم المفهرس**، للحافظ أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني (ت ٨٥٢هـ)، تحقيق يوسف عبد الرحمن المرعشلي، ط١، (١٤١٣-١٤١٥هـ)، دار المعرفة، بيروت.
- **مجمل اللغة**، لأبي الحسن أحمد بن فارس بن زكريا القزويني الرازي (ت ٣٩٥هـ)، تحقيق زهير عبد المحسن سلطان، ط٢، (١٤٠٦هـ) (١٩٨٦م)، مؤسسة الرسالة، بيروت.
- **المجموع شرح المهذب**، للإمام الحافظ المجتهد يحيى بن شرف النووي (ت ٦٧٦هـ)، تحقيق الدكتور محمود مطرجي، ط١، (١٩٩٦م)، دار الفكر، لبنان.
- **محاسن الشريعة في فروع الشافعية**، للإمام أبي بكر محمد بن علي بن إسماعيل بن الشاشي الشافعي المعروف بالقفال الكبير (ت ٣٦٥هـ)، تحقيق أبي عبد الله محمد علي سمك، ط١، (١٤٣٨هـ) (٢٠٠٧م)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
- **المحرر في فقه الإمام الشافعي**، للإمام الفقيه أبي القاسم عبد الكريم بن محمد الرافعي القزويني (ت ٦٢٣هـ)، تحقيق أبي يعقوب نشأت بن كمال المصري، ط١، (١٤٣٤هـ) (٢٠١٣م)، دار السلام، القاهرة.
- **المحرر في فقه الإمام الشافعي**، للإمام الفقيه المحدث عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الرافعي (ت ٦٢٤هـ)، تحقيق محمد حسن إسماعيل، ط١، (٢٠٠٥م)، دار الكتب العلمية، لبنان.

- **المحلى شرح المجلى**، للإمام الجليل المحدث الفقيه علي بن أحمد بن حزم (ت ٤٥٦هـ)، تحقيق أحمد، محمد شاكر، ط٤، (٢٠٠٩م)، دار إحياء التراث العربي، لبنان.

- **مختار الصحاح**، للإمام أبي بكر محمد بن شمس الدين الرازي (ت ٦٩١هـ)، تحقيق الدكتور أيمن عبد الرزاق الشوّا، ط١، (٢٠١٠م)، دار الفيحاء، دمشق، دار المنهل ناشرون، دمشق.

- **مختصر البويطي**، للإمام الجليل الفقيه المناظر المجتهد أبي يعقوب يوسف بن يحيى البويطي المصري (ت ٢٣١هـ)، تحقيق الأستاذ الدكتور علي محي الدين القره داغي، ط١، (٢٠١٥م) دار المنهاج، السعودية.

- **مختصر المزني**، للإمام العلامة الفقيه إسماعيل بن يحيى المزني (ت ٢٦٤هـ)، تحقيق خليل بن مأمون شيحا، ط١، (٢٠٠٤م)، دار المعرفة، لبنان.

- **مختصر كتاب جواهر البحرين في تناقض الحبرين للإسنوي**، للإمام الفقيه علي بن أبي بكر الأزرق (ت ٨٠٩هـ)، تحقيق الدكتور سالم بن مبارك دعكيك، ط٢، (٢٠١١م)، دار النوادر، سورية ـ لبنان ـ الكويت.

- **المدخل إلى علم السنن**، للحافظ أبي بكر أحمد بن الحسين البيهقي (ت ٤٥٨هـ)، تحقيق محمد عوامة، ط١، (١٤٣٧هـ) (٢٠١٦م)، دار المنهاج، جدة.

- **المراسيل**، للإمام الحافظ أبي داود سليمان ابن الأشعث السجستاني (ت ٢٧٥هـ)، تحقيق شعيب الأرناؤوط، اعتنى به عز الدين البدوي النجار، ط٣، (٢٠١٨م)، مؤسسة الرسالة ناشرون، دمشق.

- **مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح**، للإمام الجليل علي بن سلطان محمد القاري، المعروف بـ ملا علي القاري (ت ١٠١٤هـ)، ط٤، (٢٠١٥م)، دار الكتب العلمية، لبنان.

- **المستدرك على الصحيحين**، للإمام الحافظ محمد بن عبد الله بن حمدويه النيسابوري المعروف بـ الحاكم (ت ٤٠٥هـ)، وبزيله: «تلخيص المستدرك» للحافظ الذهبي (ت ٧٤٨هـ)، طبعة مصورة لدى دار المعرفة، لبنان.

- **المستصفى من علم الأصول**، للإمام حجة الإسلام أبي حامد محمد بن محمد الغزالي (ت ٥٠٥هـ)، تحقيق محمد سليمان الأشقر، ط١، (١٤٣٣هـ) (٢٠١٢م)، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان.

- مسند **أبي داود الطيالسي**، للإمام العلامة سليمان بن داود بن الجارود الطيالسي (ت ٢٠٤هـ)، تحقيق محمد حسن محمد حسن إسماعيل، ط١، (٢٠٠٤م)، دار الكتب العلمية، لبنان.

- مسند **أبي عوانة**، للإمام أبي عوانة يعقوب بن إسحاق الإسفراييني (ت ٣١٦هـ)، تحقيق أيمن بن عارف الدمشقي، ط٢، (١٤٢٩هـ) (٢٠٠٨م)، دار المعرفة، بيروت، لبنان.

- مسند **أبي يعلى الموصلي**، للإمام الهمام أحمد بن علي الموصلي (ت ٣٠٧هـ)، تحقيق مصطفى عبد القادر عطا، ط١، (١٩٩٨م)، دار الكتب العلمية، لبنان.

- مسند **الإمام أحمد بن حنبل**، للإمام أحمد بن محمد بن حنبل الشيباني (ت ٢٤١هـ)، تحقيق الدكتور أحمد معبد عبد الكريم، ط٢، (٢٠١٣م)، دار المنهاج، السعودية.

- مسند **الإمام الشافعي**، لإمام الدنيا محمد بن إدريس الشافعي (ت ٢٠٤هـ)، تحقيق محمد أنس مصطفى الحسن، ط١، (٢٠١٣م)، دار الرسالة العالمية، السعودية.

- مسند **الشهاب**، للإمام العلامة القاضي عبد الله بن محمد بن سلامة القضاعي (ت ٤٥٤هـ)، تحقيق حمدي عبد المجيد السلفي، ط٣، (٢٠١٠م)، دار الرسالة العالمية، دمشق ـ الحجاز.

- **الفردوس بمأثور الخطاب**، للإمام العلامة أبي شجاع شيرويه بن شهر دار بن شيرويه الديلمي (ت ٥٠٩هـ)، تحقيق السعيد بن بسيوني زغلول، ط٢، (٢٠١٠م)، دار الكتب العلمية لبنان.

- **المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي**، للإمام العلامة أحمد بن محمد بن علي المقري الفيومي (ت ٧٧٠هـ)، دار الهجرة، إيران.

- **المصنف**، للإمام الحافظ عبد الرزاق بن همام الصنعاني (ت ٢١١هـ)، تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي، ط٢، (١٤٠٣هـ)، المجلس العلمي، الهند. المكتب الإسلامي، لبنان.

- **المعجم الأوسط**، للإمام الحافظ سليمان بن أحمد الطبراني (ت ٣٦٠هـ)، تحقيق محمد حسن محمد حسن إسماعيل، ط٢، (٢٠١٢م)، دار الكتب العلمية، لبنان.

- **معجم البلدان**، للشيخ الإمام شهاب الدين أبي عبد الله ياقوت بن عبد الله الحموي الرومي البغدادي (ت ٦٢٦هـ)، ط٢، (١٩٩٥م)، دار صادر، بيروت.

- **المعجم الصغير**، للإمام الحافظ سليمان بن أحمد الطبراني (ت ٣٦٠هـ)، تحقيق كمال يوسف الحوت، ط١، (١٩٨٦م)، مؤسسة الكتب الثقافية، لبنان.

- **المعجم الكبير**، للإمام الحافظ سليمان بن أحمد الطبراني (ت ٣٦٠هـ)، تحقيق حمدي عبد المجيد السلفي، ط١، (٢٠٠٩م)، دار إحياء التراث العربي، لبنان.
- **معجم المؤلفين**، لعمر رضا كحالة (ت ١٤٠٨هـ)، (١٣٧٦هـ) (١٩٥٧م)، مكتبة المثنى، دار إحياء التراث، بيروت.
- **المعجم الوسيط**، قام بإخراجه إبراهيم مصطفى وأحمد حسن الزيات، حامد عبد القادر ومحمد علي النجار، في مجمع اللغة العربية بالإدارة العامة للمعجمات وإحياء التراث، ط٥، (٢٠١١م)، مصورة لدى مكتبة الشروق الدولية، مصر. ولدي المكتبة الإسلامية.
- **معرفة السنن والآثار** عن الإمام أبي عبد الله محمد إدريس الشافعي، للإمام الحافظ أحمد بن الحسين بن علي البيهقي (ت ٤٥٨هـ)، تحقيق سيد كسروي حسن، ط٣، (٢٠١٠م)، دار الكتب العلمية، لبنان.
- **معرفة الصحابة**، للإمام أبي نعيم أحمد بن عبد الله بن أحمد بن إسحاق الأصبهاني (ت ٤٣٠هـ)، تحقيق عادل بن يوسف العزازي، ط٢، (١٤٣٣هـ) (٢٠١١م)، مدار الوطن للنشر.
- **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج**، للإمام الفقيه محمد بن أحمد الخطيب الشربيني (ت ٩٧٧هـ)، تحقيق علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، (٢٠٠٠م)، دار الكتب العلمية، لبنان.
- **المغني عن حمل الأسفار في تخريج ما في الإحياء من الأخبار**، للإمام المحدث عبد الرحمن بن الحسين العراقي (ت ٨٠٦هـ)، ط١، (٢٠٠٥م)، في مجلد واحد، دار ابن حزم، لبنان.
- **المغني**، للإمام الفقيه عبد الله بن أحمد بن محمد الشهير بابن قدامة المقدسي، الحنبلي، تحقيق الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي، والدكتور عبد الفتاح محمد حلو، ط٣، (١٩٩٧م)، دار عالم الكتب، السعودية.
- **مفتاح العلوم**، ليوسف بن أبي بكر بن محمد بن علي السكاكي الخوارزمي الحنفي (ت ٦٢٦هـ) تحقيق نعيم زرزور، ط٢، (١٤٠٧هـ) (١٩٨٧م)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
- **المفهم لما أشكل من تلخيص كتاب مسلم**، للإمام الحافظ أحمد بن عمر بن إبراهيم القرطبي (ت ٦٥٦هـ)، تحقيق الدكتور محيي الدين ديب مستو ويوسف علي بديوي وأحمد محمد السيد ومحمود إبراهيم بزال، ط٦، (٢٠١٢م)، دار ابن كثير، دمشق - بيروت.

- **المقاصد الحسنة في بيان كثير من الأحاديث المشهورة على الألسنة**، للإمام العلامة محمد بن عبد الرحمن السخاوي (ت ٩٠٢هـ)، تحقيق عبد الله محمد الصديق، ط٢، (٢٠٠٦م)، دار الكتب العلمية، لبنان.

- **مقاييس اللغة**، للإمام أبي الحسين أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي (ت ٣٩٥هـ)، تحقيق عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، (١٣٩٩هـ) (١٩٧٩م).

- **مناقب الشافعي**، للحافظ أبي بكر أحمد بن الحسين البيهقي (ت ٤٥٨هـ)، تحقيق السيد أحمد صقر، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة.

- **المنتخب من مسند عبد بن حميد**، للإمام أبي محمد عبد الحميد بن حميد بن نصر الكَسي (ت ٢٤٩هـ)، تحقيق صبحي البدري السامرائي ومحمود محمد خليل الصعيدي، ط١، (١٤٠٨هـ) (١٩٨٨م)، مكتبة السنة، القاهرة.

- **المنتقى شرح الموطأ**، للإمام أبي الوليد سليمان بن خلف بن سعد القرطبي الباجي (ت ٤٧٤هـ)، ط١، (١٣٣٢هـ)، مطبعة السعادة، بجوار محافظة مصر.

- **المنثورات في عيون المسائل المهمات**، المعروفة: بـ«فتاوى الإمام النووي» (ت ٦٧٦هـ)، بترتيب ابن عطار، تحقيق محمد رحمت الله حافظ محمد ناظم الندوي، ط١، (٢٠٠١م)، المكتب الإسلامي، بيروت. دار الإشراق، الدوحة.

- **منهاج الطالبين وعمدة المفتين**، للإمام الحافظ المجتهد يحيى بن شرف النووي (٦٧٦هـ)، عني به محمد محمد طاهر شعبان، ط١، (٢٠٠٥م)، دار المنهاج، السعودية.

- **المهذب في فقه الإمام الشافعي**، للإمام الفقيه إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي (ت ٤٧٦هـ)، تحقيق الدكتور محمد الزحيلي، ط٢، (٢٠٠١م)، دار القمل، دمشق. الدار الشامية، بيروت.

- **المهمات في شرح الروضة والرافعي**، للإمام الفقيه عبد الرحمن بن حسن الإسنوي (ت ٧٧٢هـ)، عني به أحمد بن علي الدمياطي، ط١، (٢٠٠٩م)، دار ابن حزم، لبنان.

- **الموطأ**، لإمام دار الهجرة مالك بن أنس بن مالك بن نافع الأصبحي (ت ١٧٩هـ)، برواية يحيى بن يحيى الليثي (ت ٢٣٤هـ)، وعليه زيادات رواية أبي مصعب الزهري المدني (ت ٢٤٢هـ)، تحقيق كلال حسن علي، ط١، (٢٠١٣م)، مؤسسة الرسالة ناشرون، دمشق.

- **ميزان الاعتدال في نقد الرجال**، للإمام الحافظ محمد بن أحمد الذهبي (ت ٧٤٨هـ)، ويليه: «ذيل ميزان الاعتدال» للإمام العلامة عبد الرحمن بن حسين العراقي (ت ٨٠٦هـ)، تحقيق علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود وبمشاركة الأستاذ الدكتور عبد الفتاح أبو سنة، ط٢، (٢٠٠٨م)، دار الكتب العلمية، لبنان.

(ن)

- **نتائج الأفكار في تخريج أحاديث الأذكار**، للإمام الحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني (ت ٨٥٢هـ)، تحقيق محمد علي سمك، ط١، (٢٠٠١م)، دار الكتب العلمية، لبنان.
- **النجم الوهاج في شرح المنهاج**، للإمام العلامة المتقن المحدث الفقيه للغوي كمال الدين أبي البقا محمد بن موسى بن عيسى الدميري (ت ٨٠٨هـ)، عني به اللجنة العلمية بمركز دار المنهاج للدراسات والتحقيق العملي، ط١، (٢٠٠٤م)، دار المنهاج، السعودية.
- **النسبة إلى المواضع والبلدان**، للمؤرخ جمال الدين عبد الله الطيب بن عبد الله بن أحمد بامخرمة الحميري (ت ٥٤٧هـ)، مركز الوثائق والبحوث، أبو ظبي، (٢٠٠٤م).
- **نصب الراية لأحاديث الهداية**، للإمام العلامة جمال الدين الزيلعي (ت ٧٦٢هـ)، اعتنى به أيمن صالح شعبان، ط١، (١٩٩٥م)، دار الحديث، القاهرة.
- **نظم العقيان في أعيان الأعيان**، للإمام الحافظ جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي (ت ٩١١هـ)، تحقيق فيليب حتي، ط١، المكتبة العلمية، بيروت.
- **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج**، للإمام العلامة محمد بن أحمد الرملي (ت ١٠٠٤هـ)، ومعه حاشية العلامة علي الشبراملسي (ت ١٠٨٧هـ) وحاشية العلامة أحمد الرشيدي (ت ١٠٩٦هـ)، ط٣، دار الكتب العلمية، لبنان.
- **نهاية المطلب في دراية المذهب**، لإمام الحرمين عبد الملك بن عبد الله بن يوسف الجويني (ت ٤٧٨هـ)، تحقيق الأستاذ الدكتور عبد العظيم محمود الديب، ط١، (٢٠٠٧م)، دار المنهاج، السعودية.
- **النهاية في غريب الحديث والأثر**، للإمام مجد الدين أبي السعادات المبارك بن محمد الجزري المعروف بابن الأثير (ت ٦٠٦هـ)، تحقيق رائد بن صبري ابن أبي علفة، بيت الأفكار الدولية.

- **نيل الأمل في ذيل الدول**، لزيد الدين عبد الباسط بن أبي الصفاء غرس الدين خليل بن شاهين الملطي ثم القاهري (ت ٩٢٠هـ)، تحقيق عمر عبد السلام تدمري، ط١، (١٤٢٢هـ) (٢٠٠٢م)، المكتبة العصرية، بيروت، لبنان.

(هـ)

- **هداية السالك إلى المذاهب الأربعة في المناسك**، للإمام عز الدين ابن جماعة الكناني (ت ٧٦٧هـ)، تحقيق نور الدين عتر، ط٢، (١٤٣٢هـ) (٢٠١١م)، دار البشائر الإسلامية، بيروت، لبنان.
- **الهداية إلى أوهام الكفاية**، للإمام عبد الرحيم بن الحسن بن علي الإسنوي (ت ٧٧٢هـ)، (هو الجزء العشرون من مطبوعة «كفاية النبيه» عن دار الكتب العلمية).

(و)

- **الوجيز في الفقه الشافعي**، لحجة الإسلام محمد بن محمد بن محمد الغزالي (ت ٥٠٥هـ)، ويليه: «التذهيب في الفروع على الوجيز» لشيخ عبد الكريم بن محمد الرافعي (ت ٦٢٤هـ)، تحقيق أحمد فريد المزيدي، ط١، (٢٠٠٤م)، دار الكتب العلمية، لبنان.
- **الودائع لمنصوص الشرائع**، للإمام أبي العباس أحمد بن عمر بن سريج الشافعي (ت ٣٠٦هـ)، تحقيق لجنة علم لإحياء التراث والخدمات الرقمية، ط١، (١٤٤٠هـ)، علم لإحياء التراث والخدمات الرقمية، القاهرة.
- **وفاء الوفا بأخبار دار المصطفى**، لعلي بن عبد الله بن أحمد السمهودي الحسني (ت ٩١١هـ)، ط١، (١٤١٩هـ)، دار الكتب العلمية، لبنان.



المحتوى